

LEY 1480 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA
OBLIGACIONAL DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS COMO
VOCERAS DE LAS FIDUCIAS DE ADMINISTRACIÓN Y
PAGOS, TAMBIÉN LLAMADAS FIDUCIAS COMPLETAS EN
DESARROLLOS INMOBILIARIOS

HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA

NICOLÁS ARANGO VÉLEZ

LA LEY 1480 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA OBLIGACIONAL
DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS COMO VOCERAS DE LAS FIDUCIAS DE
ADMINISTRACIÓN Y PAGOS, TAMBIEN LLAMADAS FIDUCIAS COMPLETAS
EN DESARROLLOS INMOBILIARIOS

– HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA –

NICOLÁS ARANGO VÉLEZ

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ
2019

LA LEY 1480 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA OBLIGACIONAL
DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS COMO VOCERAS DE LAS FIDUCIAS DE
ADMINISTRACIÓN Y PAGOS, TAMBIEN LLAMADAS FIDUCIAS COMPLETAS
EN DESARROLLOS INMOBILIARIOS

– HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA –

NICOLÁS ARANGO VÉLEZ

Tesis de grado
Para obtener el grado de:
MAGISTER EN DERECHO COMERCIAL

Asesor: Dr. LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ
2019

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Ciudad y fecha (día, mes, año)

DEDICATORIA

A mis padres, hermanos y esposa por enseñarme a caminar con amor, con lucha y perseverancia, con locura apasionada en lo que se quiere, con nobleza y sencillez. Esto me permitió soñar y lograrlo.

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento muy especial al Doctor Francisco J. Sierra A., a la Doctora Luz Stella Rodríguez de Sierra, por confiar en mí y darme la oportunidad de lograr esta meta que me tracé hace más de tres años, producto de la formación profesional y personal adquirida desde mi vinculación. Al Doctor Juan Esteban Rodríguez García y la Doctora Gloria María Restrepo Londoño por su apoyo y acompañamiento constante en estos años de carrera en Incolmotos Yamaha, Compañía a la que agradezco infinitamente. Al Doctor Luis Gonzalo Baena Cárdenas por su valioso, pertinente y enriquecedor acompañamiento en este proyecto. Finalmente, a Alfonso Toro Quintero (Q.E.P.D) quien me tendió la mano para lograr alcanzar mí título de abogado.

RESUMEN

El negocio jurídico de fiducia mercantil ha permitido en las últimas décadas un crecimiento acelerado del mercado inmobiliario que ha impactado positivamente la economía nacional. En este, las entidades fiduciarias participan bajo diversas y elásticas tipologías y posiciones contractuales, convirtiéndose en eje central y en el motor de desarrollo económico y social del país, pues transmiten confianza y transparencia al consumidor y al constituyente fideicomitente, haciendo que el mercado inmobiliario adquiera una dinámica progresiva. En la mayoría de los casos, la decisión del consumidor a la hora de adquirir una unidad inmobiliaria va a estar soportada en el deber de seguridad y protección que otorga la entidad fiduciaria y que deriva de su experiencia, probidad, solidez, vigilancia y alta regulación.

Pese a lo anterior, se ha creado una línea interpretativa alrededor del marco obligacional propio de las entidades fiduciarias, que desdibuja las expectativas legítimas del consumidor inmobiliario, pues sin ningún matiz o excepción, excluye de plano la responsabilidad por el cumplimiento de los pilares básicos sustanciales consagrados en la Ley 1480 de 2011 - información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual -, considerando la normativa dispuesta en el Código de Comercio y la regulación particular del sector financiero, la base de su tesis. Contrario a ello, se aborda en el presente el análisis hermenéutico en la materia de una forma sistémica y armónica a la luz de los principios consignados en la Carta Política, integrando a la normativa sectorial, las normas generales de protección al consumidor y las instituciones propias del derecho privado con un nuevo enfoque constitucional. Lo anterior, en tanto se trata de un tema de especial relevancia constitucional, pues afecta el núcleo esencial de derechos constitucionales reconocidos en la Carta Política como el derecho a la vivienda, a la dignidad humana, a la igualdad y el deber de solidaridad.

De esta forma, se abre la posibilidad de considerar que, en ciertas categorías de negocios fiduciarios en materia inmobiliaria, puntualmente en fiducias inmobiliarias de administración y pagos llamadas también fiducias completas, dependiendo de la finalidad económica, de la actividad en la relación comercial y del rol asumido frente al consumidor inmobiliario, dichas entidades tengan una responsabilidad directa respecto de las obligaciones emanadas de la Ley 1480 de 2011.

RECTOR: DOCTOR JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

SECRETARIA GENERAL: DOCTORA MARTA HINESTROSA REY

DIRECTOR DEL DPTO.: DOCTOR SAÚL SOTOMONTE S.

DIRECTOR DE LA TESIS: DR. LUIS GONZALO BAENA C

PESIDENTE DE TESIS: DOCTOR SAÚL SOTOMONTE S.

EXAMINADORES:

DRA. LIGIA CATHERINE ARIAS BARRERA

DR. MAXIMILIANO RODRIGUEZ F

| CONTENIDO | Pág. |
|---|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 8 |
| 1. MARCO GENERAL EN TORNO AL PROBLEMA - LA APLICACIÓN DE LA LEY 1480 DE 2011 AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CONOCIDO COMO FIDEICOMISO COMPLETO | 19 |
| 1.1 PRECISIONES GENERALES | |
| 1.1.1 Breve contextualización de la problemática que enfrenta el consumidor en la adquisición de unidades inmobiliarias, a través de un vehículo de propósito especial denominado Contrato de Fiducia Inmobiliaria | |
| 1.1.2 La relación de consumo en la adquisición de una unidad inmobiliaria a través del contrato de fiducia mercantil como vehículo contractual de propósito especial | 24 |
| 1.1.3 La Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos o también conocida como Fiducia Completa como modelo contractual en el cual se presenta una mayor interrelación entre la actividad de la entidad fiduciaria, con los derechos del consumidor inmobiliario | 31 |
| 1.1.4 Una aproximación a los roles de la entidad fiduciaria en el esquema de Administración y Pagos para el desarrollo de un proyecto inmobiliario de vivienda | 40 |
| 1.1.5 Algunas reflexiones frente a los Encargos Fiduciarios de Preventas como negocios jurídicos característicos en la etapa previa al desarrollo inmobiliario | 53 |

| | Pág. |
|---|------|
| 1.1.6 Regímenes legales particulares del contrato de fiducia inmobiliaria, la actividad fiduciaria y el régimen general de protección al consumidor como beneficiario del negocio subyacente - una aproximación a los aspectos problemáticos inmersos en ellos. | 57 |
| 1.1.6.1 La entidad fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo – Gestor de intereses ajenos y la denominación de propietario instrumental de los bienes fideicomitados | 59 |
| 1.1.6.2 La obligación de medio en cabeza de la entidad fiduciaria, frente al régimen de responsabilidad de la Ley 1480 de 2011 – Régimen general de responsabilidad objetiva | 75 |
| 1.1.6.3 El problema que se plantea frente a los aspectos inmersos en las normas que confluyen en la operación económica | 83 |
| 2. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS EN LOS DESARROLLOS INMOBILIARIOS POR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LA LEY 1480 DE 2011 - REFERENCIA JURISPRUDENCIAL, DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE LAS SUPERINTENDENCIAS FINANCIERA Y DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y DERECHO COMPARADO - | 85 |
| 2.1 EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS VINCULADAS A UN DESARROLLO INMOBILIARIO | |
| 2.1.1 Posición asumida en la Jurisprudencia Colombiana | |
| 2.1.2 Algunas referencias a la justicia arbitral | 95 |
| 2.1.3 Doctrina de la Superintendencia Financiera y de Industria y Comercio | 106 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2.1.4 Breve reseña de doctrina y jurisprudencia internacional en la materia - Del Caso Argentino. | 116 |
| 2.1.4.1 Referencia Doctrinal. | 123 |
| 2.1.4.2 Referencia Jurisprudencial. | 128 |
| 2.1.5 Síntesis de las vertientes de responsabilidad, y conclusión respecto de la aplicación de la Ley 1480 de 2011 al régimen de responsabilidad en desarrollos inmobiliarios. | 141 |
| 3. LA LEY 1480 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA OBLIGACIONAL DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS COMO VOCERAS DE LAS LLAMADAS FIDUCIAS COMPLETAS EN DESARROLLOS INMOBILIARIOS | 144 |
| 3.1 – EJES AXIALES FUNDAMENTO DE UNA INTEGRACIÓN NORMATIVA DE RÉGIMENES – SECTOR FINANCIERO Y ESTATUTO GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR | |
| 3.1.1 La Ley 1480 de 2011 como régimen normativo integrado a la actividad fiduciaria | 144 |
| 3.1.1.1 Una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución del ámbito de aplicación regulado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 | 148 |
| 3.1.1.2 La conexidad contractual y las redes contractuales como institución hermenéutica de convergencia normativa - La construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor como causa supracontractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia | 168 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3.1.2 El consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente – Efectos de las cláusulas estipuladas por los originantes de la operación y de las cláusulas abusivas – | 192 |
| 3.1.3 Las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario - artículo 3 literal a) de la Ley 1328 de 2009 | 209 |
| 3.1.4. Las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo conforme lo normado en artículo 29.3 del Decreto 663 de 1993 | 215 |
| 3.1.5. El consumidor inmobiliario como titular de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 y concordantes, cuyos bastiones fundamentales son: (i) la información y publicidad, (ii) la garantía de calidad e idoneidad, y (iii) la protección contractual | 225 |
| 4. CONCLUSIONES | 244 |
| BIBLIOGRAFIA | 250 |

INTRODUCCIÓN

Generar estereotipos interpretativos rígidos en nuestro modelo constitucional ante una realidad innegable como lo es la desprotección del consumidor, frente a la vertiginosa aparición y evolución de negocios utilizados para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de vivienda, no es acertado. En el marco del Estado Social de derecho concebido en la Carta Política de 1991, el derecho debe ser una herramienta que responda a realidades sociales y que propenda por soluciones justas y equitativas, lo que no significa desconocer la normatividad vigente que regula determinada materia, sino analizarla de forma sistémica, integrada y armonizada a la luz de los principios constitucionales.

El derecho de consumo en el sistema jurídico colombiano reviste gran relevancia, y esto se ve reflejado hoy, en decisiones jurisdiccionales que han irrumpido en terrenos hasta ahora impensados, dando una respuesta justa a los intereses del consumidor. En este sentido, vale la pena citar dos pronunciamientos que permitirán evidenciar la línea hermenéutica a seguir en el presente trabajo; en sentencia del 3 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, resalta el derecho del consumo como materia que traspasa las tradicionales relaciones del derecho privado, planteando que [...] “se trata de una materia que traspasa las relaciones tradicionales propias del derecho privado, para extenderse a las que se ajustan entre el Estado y los diversos actores del mercado, en la medida en que tengan injerencia en los intereses de la colectividad; así, el derecho del consumidor puede situarse en relación con los derechos comercial, económico, de la competencia, de la distribución y ambiental¹” [...]; a su turno, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, dentro del proceso de protección al consumidor del sonado caso del edificio Space en la

¹ Sentencia SC 072. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. MAYO 3 DE 2005. Expediente: 5000 1310 3001 1999 04421 01.

ciudad de Medellín², remembrando sentencia de la Corte Suprema de Justicia, expone una tesis revolucionaria, dando prevalencia a los derechos del consumidor, por encima de las reglas con rango de Ley que disciplinan los procesos de reestructuración empresarial. Se expuso en la citada sentencia:

[...] “la Corte Suprema de Justicia advirtió que la actividad judicial no puede asentarse hoy sobre percepciones estrictamente individualistas, sino es dado que se afiance tosudamente en el principio de la autonomía privada, pues por encima de esos dogmas se eleva la capacidad de imponer equilibrio donde la fuerza de la naturaleza o de las circunstancias no la hay, no debe asombrar entonces que ante la creciente irreprimible aparición de estos métodos de contratación, así como el surgimiento y fortalecimiento de novedosos fenómenos sociales como el de los consumidores, los empresarios y fabricantes, deban romperse rancios esquemas forjados en medio de un inflexible rigor para dar paso en cambio a la elaboración de respuestas útiles, justas y adecuadas desde esa perspectiva.”³[...]

En la actualidad la resolución de los conflictos que se suscitan entre una entidad fiduciaria y un consumidor en el marco de desarrollos inmobiliarios, no es pacífica. No existe unicidad de criterio en torno al régimen normativo que debe regular dicha relación, y por el contrario, podemos decir que los razonamientos jurídicos, se encuentran divididos. Por un lado, un sector considera que es la regulación especial dispuesta para el sector financiero y lo consignado en el Código de Comercio, el marco normativo aplicable; por otro lado, se plantea que la Ley 1480 de 2011 es plenamente aplicable y la llamada a disciplinar de forma integrada, e incluso principal, dicho negocio jurídico cuando de un lado existe un consumidor inmobiliario.

² <<http://www.eltiempo.com/noticias/edificio-space>>

³ Tribunal Superior de Bogotá. Radicado: 20141624702. Acción de Protección al Consumidor. Sentencia del 7 de septiembre de 2017. Andrea Henao Martínez, Raquel Martínez Restrepo, Camilo Tobón Bustamante, María Amparo Montoya De Sánchez, Luis Fernando Lopera Guevara Y Silvia Villegas Palacio contra las Sociedades Alsacia Constructora de Obras S.A., Lérida Constructora de Obras S.A., Gonelas S.A.S. en Liquidación y Calamar CDO S.A.S.

No se encuentra acertado afirmar categóricamente que las obligaciones particulares de información y publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad, contenidas en la Ley 1480 de 2011, escapan del espectro obligacional de las entidades fiduciarias de cara al consumidor inmobiliario, por el sólo hecho de pertenecer al sector financiero y contar con una regulación especial. Adicionalmente tampoco se considera pertinente aseverar de una forma absoluta, que es la Ley 1480 de 2011 la normativa que de forma exclusiva y excluyente debe regular la relación fiduciaria – consumidor inmobiliario, cuando no hay duda de que aquella pertenece a un sector especial y particular que tiene una regulación propia.

El objetivo trazado, es generar un planteamiento con un enfoque armonizador entre las normas que coexisten en la relación fiduciaria–consumidor inmobiliario, puntualmente en las Fiducias inmobiliarias de administración y pagos, también denominadas *Fiducias Completas*, que perfectamente puede ser aplicable con ciertos matices y dependiendo del caso, a otras tipologías fiduciarias o incluso de encargos fiduciarios, rompiendo con el arquetipo interpretativo de la inaplicación del Estatuto General de Protección al Consumidor respecto a las obligaciones de las entidades fiduciarias.

Hablar del régimen obligacional y la responsabilidad de las entidades fiduciarias como voceras y gestoras de fideicomisos constituidos para desarrollar proyectos inmobiliarios, de cara al consumidor final, en realidad resulta problemático. El fideicomiso como negocio jurídico típico, fue acogido por la legislación colombiana en el año 1971 con la expedición del código de comercio, momento en el cual, si bien se encontraban normas dispersas en el ordenamiento que de forma exigua consagraban diversos derechos, no existía, ni se hablaba de un régimen particular e integral de protección al consumidor.

Son diez años entre la aparición del código de comercio y la expedición del primer cuerpo normativo que recoge el decálogo de normas de protección al consumidor en Colombia - Decreto 3466 de 1982. Pero incluso, no es esta última referencia la que da cuenta real de dicho distanciamiento histórico. El origen del negocio fiduciario mercantil y del derecho de consumo en Colombia, responden a realidades y momentos diversos. El primer antecedente del negocio fiduciario en el país, se encuentra en las leyes 51 de 1918 y 45 de 1923⁴, normativas con un claro y marcado alcance bancario, cuya finalidad respondía a una necesidad económica para ese entonces. Los intereses y derechos del consumidor de bienes y servicios no se hallaban inmersos en dicha regulación, ni en los políticos (al menos principales) de aquella época.

El primer antecedente normativo en Colombia del derecho de consumo data de 1981 con la expedición de la Ley 73, con la cual el Estado colombiano intervino en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, siendo expedido en el año 1982, el primer estatuto en la materia.

El fideicomiso aparece en la legislación colombiana, con unos fines y en un momento muy diferente al actual, en los aspectos social, económico, político y jurídico. Desde su consagración legal se han presentado enormes cambios estructurales en el sistema colombiano. Los bastiones constitucionales de aquel entonces son diversos a los presentes. Mientras el fideicomiso fue concebido bajo un régimen constitucional basado en el “estado de derecho”, la normativa que regula el derecho de consumo hoy, está cimentada en una constitución concebida como *social de derecho*, lo que cambia diametralmente el discurso jurídico frente a la materia, pues este modelo constitucional, entre otras cosas, [...] “se centra en la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y

⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. 1ª Edición. Pág. 56 y 57. Bogotá. Legis Editores S.A, 2017. ISBN: 9789587674712.

no del individuo abstracto”⁵ [...]. De esta forma, las instituciones se han transformado y evolucionado. Esta realidad histórica es quizá, uno de los orígenes principales del que deviene la dificultad en la aplicación del régimen obligacional que recoge la Ley 1480 de 2011 en cabeza de las entidades fiduciarias. Cabe citar al respecto, lo expuesto por la Corte Constitucional frente a la concepción de las relaciones de consumo, antes de la constitución de 1991 y posterior a ella:

[...] “Como lo ha resaltado la Corte en decisiones anteriores, el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuarios tuvo un cambio significativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. En el periodo preconstitucional (sic), la relación entre los sujetos que concurren al circuito comercial de distribución de bienes y servicios (productores, comercializadores y consumidores) estaba basada en las reglas propias del liberalismo económico. Los consumidores, en su condición de adquirentes de los productos, estaban en un plano de igualdad de negociación con los oferentes de los mismos y, en caso que se encontraran desequilibrios en su compraventa, bien por desigualdades ostensibles en el precio o en la calidad exigible de las mercaderías, tenían a su disposición las herramientas propias del derecho civil para reparar el daño sufrido (resarcimiento de la lesión enorme, saneamiento por evicción o por los vicios ocultos del bien, responsabilidad civil contractual, etc.). Esto implicaba, como es obvio, la presunción que los productores, intermediarios y consumidores (i) acceden al mercado en idénticas condiciones; (ii) tienen a su disposición el mismo grado y calidad de la información; (iii) poseen idénticas condiciones de acceso a la solución jurisdiccional de los conflictos que se susciten en esas relaciones de intercambio”⁶ [...]

En la relación jurídica que planteamos convergen dos instituciones: el Derecho de Consumo y el Contrato de Fiducia Mercantil. Ambas con un antecedente jurídico e histórico propio, que responden y anteceden a necesidades y finalidades algunas veces disímiles. Se encuentran en la misma relación: un consumidor y su necesidad de vivienda y un vehículo contractual de utilización frecuente por las ventajas que ofrece para el desarrollo de proyectos inmobiliarios denominado: *el Negocio de Fiducia Inmobiliaria* y particularmente *la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos* o la denominada *Fiducia Completa*. Ante esta situación:

⁵ Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

⁶ Sentencia C-749 de octubre 21 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¿cómo afirmar que en dicha relación prevalecen y se superponen las normas propias del sector financiero y del Código de Comercio frente a las normas generales de protección a los consumidores consignadas en la Ley 1480 de 2011, o viceversa?

Cuando se habla del derecho de consumo y los desarrollos inmobiliarios, se enfrenta una realidad jurídica innegable que genera incertidumbre y desprotección del consumidor final, que es la interpretación que tanto el sector financiero como la Superintendencia Financiera han pretendido dar al régimen legal aplicable a las entidades fiduciarias cuando actúan como fiduciarias en un negocio de fiducia mercantil inmobiliaria. Se afirma que los derechos de dicho consumidor contenidos en la Ley 1480 de 2011, escapan de las obligaciones que asumen estas entidades como voceras y gestoras de este vehículo de propósito especial, y que serán, el constructor o promotor por mencionar algunos, quienes soporten dichas obligaciones. Esta realidad conlleva una profunda reflexión, pues de dicha relación jurídica se desprenden intereses y derechos superiores que aspira alcanzar el consumidor inmobiliario, así como principios constitucionales esenciales en el marco de un Estado Social de Derecho, que se desconocerían de mantener esta arraigada línea.

La estructura obligacional en cabeza de las entidades fiduciarias, se ha afincado por un sector en las normas que regulan el ámbito financiero excluyendo la integración de otros regímenes en la materia, tal como acontece con la Ley 1480 de 2011 - Estatuto General de Protección al Consumidor. Se ha dicho por una parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, incluyendo en ella la justicia arbitral, que las obligaciones que asumen las entidades fiduciarias de cara al consumidor inmobiliario son las derivadas de la normatividad que integra el sector financiero, en especial las que emanan del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993 - y Estatuto de Protección del Consumidor Financiero - Ley 1328 de 2009. Conforme a esta interpretación, en las llamadas *Fiducias*

Inmobiliarias Completas, se ha asumido que las obligaciones de las entidades fiduciarias respecto al consumidor inmobiliario, corresponden a un régimen de responsabilidad subjetiva de obligación de medio.

En este sentido, se ha afirmado que la entidad fiduciaria es ajena o a lo sumo adquiere una obligación de medio, en el cumplimiento de los derechos esenciales que aspira obtener el consumidor inmobiliario y que conforman los pilares básicos de la Ley 1480 de 2011: *Publicidad e Información, Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y Protección Contractual*. En síntesis, bajo este análisis, las obligaciones de Información y Publicidad, de Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y de Protección Contractual, consagradas en la Ley 1480 de 2011, les son ajenas o simplemente la obtención del resultado escapa de su ámbito.

Lo dicho en líneas anteriores es una interpretación que no corresponde a los postulados del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993 -, Estatuto de Protección del Consumidor Financiero - Ley 1328 de 2009 - y Estatuto General de Protección al Consumidor - Ley 1480 de 2011 -, todos ellos a la luz de la Carta Política. Una interpretación armónica desde esta óptica, da lugar para que en el caso de las fiducias inmobiliarias completas, o incluso en otras tipologías fiduciarias, dependiendo de diversos factores, tanto jurídicos como fácticos, dichas normas no se excluyan, y por el contrario se complementen, alcanzando maximizar los intereses, derechos y principios vertidos en la Constitución Política Colombiana en pro del consumidor inmobiliario, de lo cual se derivará un impacto importante en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de estos patrimonios autónomos.

El planteamiento propuesto en este documento, se enmarca en seis elementos axiales fundamentales que se relacionarán a continuación, lo que permitirá una integración de la normativa, y a la par la protección de los partícipes en el negocio

de fiducia inmobiliaria, particularmente del consumidor inmobiliario, sin desdibujar la esencia propia de cada una de las disposiciones legales. Dichos elementos son:

1. La Ley 1480 de 2011 como régimen normativo integrado a la actividad fiduciaria a partir de: (i) Una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución del ámbito de aplicación regulado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011; y (ii) La conexidad contractual y las redes contractuales como institución hermenéutica de convergencia normativa - La construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor como causa supra contractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia.
2. El consumidor inmobiliario final busca adquirir un bien material, una unidad inmobiliaria para suplir en la mayoría de los casos su necesidad de vivienda. No persigue adquirir un producto financiero, verbigracia, una cuenta de ahorro, pese a que lo obtiene a través de un vehículo financiero diseñado para el efecto. Como se ha dicho en la jurisdicción argentina: [...] “El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato”⁷[...];
3. Como consumidor de un bien material, es titular de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 y concordantes, cuyos bastiones fundamentales son: (i) La Información y Publicidad, (ii) La Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y (iii) La Protección Contractual. Los anteriores constituyen su principal interés, su finalidad última;

⁷ Cámara 4^a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”, 31/07/2013.

4. Conforme doctrina de gran autoridad en la materia⁸, las entidades fiduciarias en su actuación como gestores, deben procurar la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario, y por ende el régimen de responsabilidad a deducirse de los dichos valores en juego, afirmación que emana del artículo 3 literal a) de la Ley 1328 de 2009⁹;
5. El consumidor como beneficiario en la mayoría de los casos, no es parte del contrato de fiducia inmobiliaria, es un tercero ajeno, cuya finalidad e interés es propio e independiente¹⁰; y
6. Las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo conforme lo normado en artículo 29.3 del Decreto 663 de 1993¹¹, pues todo dependerá del análisis, la naturaleza, la finalidad del consumidor, la correlativa gestión para otro, el pacto contractual y demás relaciones que se susciten en la ejecución del respectivo negocio jurídico de fiducia inmobiliaria. En otras palabras, las obligaciones que asume la entidad fiduciaria podrán ser: o de medio o de resultado, dependiendo de la naturaleza de dicho vínculo jurídico.

El derecho de consumo reviste una importancia trascendental en la legislación nacional. Desde el año 1982 se integró al sistema normativo una regulación positiva con un decálogo particular e integral en la materia, elevándolo luego a

⁸ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Pg. 98 a 104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

⁹ (...). *En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de julio de 2009, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01

¹¹ *“Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la Ley”*

rango constitucional en 1991. En la Constitución Política del mismo año, se constituye como garantía pluridisciplinaria, esto es, del mismo deriva la efectividad de muchos otros derechos, empero, en ciertas materias adquiere mayor relevancia en cuanto es un instrumento necesario para la satisfacción de derechos y principios fundamentales consagrados en la Carta Política y en instrumentos jurídicos internacionales que reconocen los derechos humanos, tal como acontece con el derecho a la vivienda digna.

Desde la consagración constitucional del derecho de consumo en el año 1991, se ha presentado un gran avance legal, jurisprudencial y doctrinal en la materia. La expedición de la Ley 1480 de 2011 se convierte en un instrumento valioso de protección del consumidor y de contera del derecho fundamental de vivienda digna. No obstante, dogmas rígidos de interpretación fundamentados en las disposiciones que componen el sector financiero, no permiten la integración de dicha normatividad a la actividad de las entidades fiduciarias en proyectos inmobiliarios, marginándolas del régimen obligacional que contiene el Estatuto General de Protección al Consumidor.

Bajo este esquema de interpretación, se desdibuja la esencia constitucional del derecho de consumo. Se impide una integración normativa de forma coherente y sistémica entre las disposiciones propias del sector financiero y las generales de protección al consumidor, lo cual no guarda correspondencia con la finalidad perseguida por el consumidor inmobiliario que deposita su confianza en una entidad especializada, quien motiva la compra por la seguridad que ofrece, encontrando su respaldo en compañías que hacen parte de un mercado desbordado, sin regulación idónea y suficiente.

Corolario de lo dicho, se abordará un estudio sobre el impacto que la Ley 1480 de 2011 tiene frente al régimen obligacional de las entidades fiduciarias en proyectos inmobiliarios como voceras de las denominadas fiducias completas. Se expondrá

un enfoque de interpretación que rompa el fundamento individualista basado en regulaciones aplicadas de forma aislada, abriendo la posibilidad a que en cabeza de dichas entidades, esté el cumplimiento de las obligaciones de información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad, seguridad y protección contractual, en los términos del Estatuto General de Protección al Consumidor, sin desconocer ni desnaturalizar las normas que integran el sector financiero, ni el contrato de fiducia mercantil tipificado en el Código de Comercio.

1. MARCO GENERAL EN TORNO AL PROBLEMA

LA APLICACIÓN DE LA LEY 1480 DE 2011 AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CONOCIDO COMO FIDEICOMISO COMPLETO

1.1 PRECISIONES GENERALES

1.1.1 Breve contextualización de la problemática que enfrenta el consumidor en la adquisición de unidades inmobiliarias a través de un vehículo de propósito especial denominado contrato de fiducia inmobiliaria

En las últimas décadas el mercado inmobiliario ha tenido un crecimiento abrumador que ha impactado positivamente la economía nacional¹². No obstante, la legislación colombiana y la interpretación normativa en la materia, no han ido a la par. A pesar del riesgo y de la responsabilidad social que la actividad inmobiliaria conlleva, y de los constantes ejemplos de incumplimientos a consumidores y trágicos casos que han dado lugar a la pérdida de vidas humanas y numerosas familias con afectaciones económicas, psicológicas y morales irreparables, la regulación normativa permite que en dicho mercado participe cualquier persona natural o jurídica sin mayores exigencias.

La legislación colombiana no exige una formación, experiencia o infraestructura determinada, tampoco garantías, patrimonio, capital y equipo de trabajo adecuado. Basta con ser un comerciante para desarrollar un proyecto inmobiliario. Solo hasta el año 2016, y con ocasión de la tragedia del Edificio Space en la ciudad de

¹² “De acuerdo con los cálculos del gremio, la fiducia inmobiliaria crecería cerca de 27% al finalizar 2016, en términos de volumen de activos administrados. En número de negocios, se estima un crecimiento de 15% anual, para alcanzar cerca de 8.000 administrados al cierre del año”. REVISTA DINERO. EDICIÓN – IMPRESA. PUBLICADO 26 DE MAYO DE 2016. <<http://www.dinero.com/edicion-impresa/finanzas/articulo/se-espera-un-crecimiento-en-los-negocios-de-fiducia-inmoviliaria-este-ano/224011>>

Medellín¹³, se expidió la Ley 1796 de 2016 cuyo objeto fue generar medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, normativa que incluso, años después de su entrada en vigencia, no ha sido implementada íntegramente por falta de reglamentación, y cuya redacción en cuanto al aseguramiento patrimonial contradice su propia finalidad.

Ante este panorama, han entrado al mercado inmobiliario las entidades fiduciarias, quienes participan bajo diversas tipologías contractuales. Estas, sin duda son motor de desarrollo económico y social del país, pues transmiten confianza y transparencia al consumidor y al constituyente fideicomitente, haciendo que el mercado inmobiliario adquiera una dinámica progresiva.

En informe económico realizado por Camacol, se indica que la recuperación de actividad edificadora después de los años noventa, se fundamentó en el cambio del modelo del negocio, en el cual se incorpora un actor fundamental como lo son las sociedades fiduciarias, eje estructurante del negocio inmobiliario. Se enseña en el mencionado reporte que:

[...] “De acuerdo con el reporte consolidado de activos fideicomitidos de la Superintendencia Financiera, a septiembre de 2012 se encuentran administrados bajo la figura de fiducia inmobiliaria 4.324 activos por un valor de 16,9 billones de pesos, representando un crecimiento anual de 10% en el número de activos y de 18% en el valor de los mismos (Tabla 1).” [...]”¹⁴

Si bien en el consumidor existe desconfianza a la hora de adquirir una unidad inmobiliaria por el contexto socio jurídico en que se ha desenvuelto la actividad, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, su decisión va a estar soportada en la

¹³ “Edificio Space, el sueño que hace cuatro años desplomó las ilusiones de 161 familias en Medellín” <<https://noticias.caracoltv.com/medellin/edificio-space-el-sueno-que-hace-cuatro-anos-desplomo-las-ilusiones-de-161-familias-en-medellin>>

¹⁴ CAMACOL-Estudios Económicos-Informe Económico No. 41 noviembre de 2012. Sandra Forero Ramírez- <https://camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/Informe%20Econ%C3%B3mico-%20Nov2012-No%2041_0.pdf>

seguridad que otorga la entidad fiduciaria por su experiencia, probidad, solidez, vigilancia y regulación. Pese a esto, la interpretación de gran parte de la doctrina y jurisprudencia, ha creado una línea interpretativa que excluye de plano la responsabilidad por la información y publicidad, la efectividad de la garantía, y la protección contractual contenidas en la ley 1480 de 2011, o a lo sumo, han atribuido un alcance de responsabilidad estructurado bajo las denominadas obligaciones de medio, en cabeza de las entidades fiduciarias.

La responsabilidad de las entidades fiduciarias que participan en proyectos inmobiliarios en Colombia, ha sido estructurada mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina como una responsabilidad de medio con culpa probada e indirecta, la cual podría hacerse efectiva sólo con los bienes fideicomitidos y no con el patrimonio propio del fiduciario. Este arraigo hermenéutico se fundamenta en las normas que regulan el sector financiero, en especial el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993 artículo 29.3 que establece: *Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley*¹⁵. Bajo este juicio interpretativo, las obligaciones de efectividad de garantía, de información y publicidad, y de protección contractual frente al consumidor, son ajenas a la entidad fiduciaria, o a lo sumo, se encuadran erróneamente como obligaciones de medio. Lo anterior, en cuanto a que la misma se ha considerado propietario instrumental y no un titular pleno y absoluto del derecho real de dominio de los bienes fideicomitidos¹⁶. De esta forma, la delimitación de responsabilidad, o el indebido encuadramiento en obligaciones de medio cuando deben ser por naturaleza de resultado, además de

¹⁵ Circular Básica Contable y Financiera y remisión de información (C.E 100 de 1995); Circular Básica Jurídica (C.E. 029 de 2014); Ley 795 de 2002, Decreto 847 de 1993; y las normas que particularmente regulan dicho negocio jurídico consagradas en el Libro Cuarto Título XI del Código de Comercio.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: casación No. 0293.

implicar una generalizada desconfianza del público en el sistema financiero, deja desprovisto al consumidor de una protección integral en cuanto al interés que persigue.

El problema radica en que, tratándose de desarrollos inmobiliarios ejecutados a través de un negocio de fiducia inmobiliaria completa, encontramos dos sujetos que son eje central y que tienen un régimen normativo particular diverso. Por un lado, tenemos un negocio fiduciario del cual deriva un patrimonio autónomo cuyo vocero es una entidad fiduciaria, vigilada, controlada y regulada por las normas que conforman el sector financiero y a la cual, por tanto, le son aplicables las normas propias de dicho sector; por el otro, tenemos al consumidor inmobiliario, quien como se ha manifestado, adquiere un inmueble a través de un vehículo financiero y no un producto financiero en sí. Pero sumado a ello, alrededor de dicho negocio, también confluyen otros sujetos y negocios jurídicos conexos o imbricados en dicha relación, lo cual nos saca de las relaciones tradicionales reguladas en los códigos. El problema se agudiza más cuando uno y otro régimen en cuanto a obligaciones y responsabilidad, pareciera repelerse, pues superficialmente puede entenderse que el sector financiero parte de una calificación de obligaciones de medio y de responsabilidad subjetiva, mientras el general de protección al consumidor, se inclina por una responsabilidad objetiva con obligación de resultado.

Por otro lado, tal como acontece con muchos otros modelos contractuales complejos en una economía moderna y acelerada, en el negocio de fiducia inmobiliaria en relación al consumidor, encontramos un complejo entramado contractual, del cual el consumidor no fue parte, incluso a la hora de vincularse no conoce y mucho menos le es informado. La relación de la cual germina dicho negocio, y las demás íntimamente relacionadas y conexas, son desconocidas para dicho tercero adquirente. Alrededor del negocio de fiducia inmobiliaria cuyo fin es

el desarrollo inmobiliario, existe todo un universo contractual estructurado entre el fideicomitente, la entidad fiduciaria y los demás partícipes, que llevan a entrar en terrenos jurídicos no tradicionales y que dificultan encontrar soluciones únicas.

El fenómeno de la vinculación contractual, puntualmente en el ámbito del consumo y propiamente en el consumo inmobiliario, ha sido abordado tanto por la doctrina nacional como extranjera, dando cuenta del efecto, las implicaciones y el impacto de dicha vinculación en los ejes esenciales de protección al consumidor contenidos en la Ley 1480 de 2011. Se ha dicho por la Doctrina frente al tema:

[...]El fenómeno es de tal intensidad, que nos enfrentamos a diario con contrataciones que aparecen relacionadas, coligadas, imbricadas entre sí en la búsqueda de una finalidad común, situación que nos aleja velozmente del contrato concebido por los códigos decimonónicos: ya no es posible estudiarlo como figura "aislada", porque se ha "ensanchado" su contenido, se han expandido sus moldes, y ello exige el examen de este desde su nueva realidad" [...] "Cada vez que se hace mención a los contratos conexos se hace referencia a un grupo compuesto al menos por dos contratos, principales y de igual jerarquía, que se encuentran vinculados entre sí, dependiendo uno de los otros. Debiendo existir entre ellos una cierta interdependencia. Esta interdependencia se fundamenta en que todo el conjunto de estos contratos tiene una finalidad económica común y cada contrato puede influir en el otro a tal punto que la declaración de nulidad, la resolución, el incumplimiento o la imposibilidad de ejecutar alguna de las obligaciones de uno de esos contratos incidirán de manera directa en todos los demás¹⁷. También se hace referencia a esta modalidad como "una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja". Según esta concepción desarrollada por Galgano¹⁸ se prescinde de un enfoque voluntarista, que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes, para pasar

¹⁷ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Curso de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), III, p. 210. Citado por Sebastián Bozzo Hauri. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp. 39 - 66]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000200001#footnote-35185-11-backlink>

¹⁸ GALGANO, Francesco, *Diritto privato* (Padova, Cedam, 1992), p. 114. Citado por Sebastián Bozzo Hauri. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp. 39 - 66]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000200001#footnote-35185-11-backlink>

a un abordaje objetivo, basado en la noción de causa; la conexión objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos”¹⁹ [...]

[...] No constituyen un contrato atípico, ni una unión de contratos meramente externa o con alguna dependencia temporal o funcional; se trata de una red contractual donde los efectos de cada contrato individualmente considerado inciden –al menos de manera indirecta- en los restantes contratos²⁰ [...].

Lo cierto es que no puede desconocerse que los partícipes del negocio fiduciario tienen un régimen regulatorio diverso y particular, y que ninguno de los dos puede excluirse y desnaturalizarse en procura de la protección de uno de ellos. Se abre entonces la necesidad de escrutar cómo, en qué casos y de qué forma, pueden integrarse las normas de uno y otro régimen, y en este sentido, determinar como la Ley 1480 de 2011 en sus pilares básicos permearon e impactaron el régimen obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las llamadas *Fiducias Completas* en desarrollos inmobiliarios, rompiendo diversos paradigmas que se han sentado en la materia.

1.1.2 La relación de consumo en la adquisición de una unidad inmobiliaria a través del contrato de fiducia mercantil como vehículo contractual de propósito especial.

Delimitar el ámbito en el cual se circunscribe la presente investigación es algo medular y necesario para abordar el tema. Solo ante la existencia de una relación de consumo en la adquisición de una unidad inmobiliaria, a través de un vehículo

¹⁹ BOZZO HAURI, Sebastian. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp.39-66]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000200001#footnote-35185-11-backlink>

²⁰ SOLER PASCUAL, Luis Antonio (2007). La vinculación contractual en el ámbito del consumo. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, vol. I. N.º 2, marzo. Citado por BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Pg. 40. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

contractual de propósito especial denominado contrato de fiducia mercantil, y particularmente de la tipología denominada Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos, se estará situado en el plano jurídico que se pretende abordar en este trabajo.

Lo anterior tiene gran importancia y no es tan evidente como pareciera serlo, pues de la naturaleza misma de la fiducia como negocio jurídico elástico y flexible, que permite la realización de todo tipo de actos y acuerdos permitidos y amoldados a la necesidad de las partes, surge la posibilidad de encontrarse ante diversos escenarios contractuales, en los cuales, la calidad de consumidor pudiere reunirse en diferente posición, verbigracia, como fideicomitente y a su vez beneficiario parte del contrato de fideicomiso; o simplemente, como beneficiario ajeno o dicho contrato, o como un tercero ajeno vinculado mediante un encargo fiduciario de preventa o de beneficio de área, o incluso a través de un contrato de preventa en un estado precontractual o previo. Si bien es cierto en la generalidad de los casos se habla del consumidor como tercero ajeno al contrato de fiducia, la ubicación per sé, en uno u en otro extremo del contrato, no necesariamente demuestra dicha calidad.

No en todos los casos es tan diáfano deducir el surgimiento de la relación de consumo en este marco contractual, como sí lo es ante un negocio jurídico en un plano directo, en el cual se ubican constructor - proveedor de un lado, y del otro, el adquirente de la unidad inmobiliaria como destinatario final, con una finalidad cualificada en los términos de la Ley 1480 de 2011. En algunas oportunidades se puede encontrar problemas frente al tema. La diversidad de partes, formas, intereses, participación, beneficio, utilidad, etapa del proceso, finalidad, forma de vinculación, entre otros, que se presenta en el negocio de fiducia mercantil utilizado para llevar a cabo proyectos inmobiliarios, pueden dificultar la identificación del adquirente final como consumidor inmobiliario.

Encontramos variedad de formas negociales bajo las cuales el consumidor final adquiere el derecho de propiedad de una unidad inmobiliaria, tan simples como complejas. Hoy los desarrollos se estructuran en muchas oportunidades a través confusos y enmarañados negocios, unas veces únicos, otras concatenados y escalonados. En estas tipologías jurídicas de avanzada, se suele denominar al adquirente final como inversor o beneficiario de área dependiendo de la fase o grado contractual en el cual se halle el desarrollo inmobiliario, calificación de inversionista que no tiene, según la intención real y la función económica jurídica buscada.

Es muy común que los desarrollos inmobiliarios se vayan concretando por etapas, a fin de que el constructor, desarrollador o promotor, puedan obtener los recursos necesarios para llevar a feliz término el proyecto, fases que a su turno van poniendo al consumidor en diferentes escalones de la cadena de contratos coligados dentro del proceso diseñado para la construcción y transferencia del inmueble.

Una primera etapa consiste en la consecución de la viabilidad jurídica, técnica y financiera, que conlleva entre otras cosas, la promoción y vinculación de personas interesadas en adquirir el proyecto, para lo cual se celebran contratos de encargos fiduciarios, con el fin de que durante la etapa de preventas del proyecto, la entidad fiduciaria vincule los terceros interesados, concorra a la celebración de dichos contratos de preventa, recaude y administre los dineros provenientes de los interesados.

Lo anterior, con el fin de que una vez se cumplan las condiciones pactadas en el encargo, la fiduciaria traslade los recaudos al encargarte (constructor, desarrollador y/o promotor). En dichos negocios, es frecuente encontrar que, al interesado en adquirir un inmueble, se le dé el calificativo de *inversionista*

comprador y se vincule en esta etapa inicial, mediante la figura de *Encargo Fiduciario Individual*. Dentro del objeto contractual del encargo de preventas, es común encontrar que ni el encargante ni la fiduciaria, asuman responsabilidad frente al proyecto en caso de no alcanzarse el llamado punto de equilibrio, y que su obligación, no va más allá de la devolución del dinero a los compradores, incluso sin rendimientos financieros. De contera, pareciera que el adquirente final, en su calidad de *inversionista*, no tendrá más derecho que exigir el retorno de su inversión.

Una etapa más avanzada, se presenta cuando ya se han cumplido las condiciones del contrato de encargo fiduciario de preventas y el dinero de los adquirentes finales *inversionistas*, ha sido entregado por la fiduciaria al encargante, a efectos de comenzar con el desarrollo. En otras palabras, se ha obtenido la viabilidad técnica, financiera y jurídica. En este punto, es frecuente pasar a un campo contractual estructurado bajo la figura de la Fiducia Mercantil Inmobiliaria de Administración y Pagos y/o de Tesorería, donde hay una trasmutación del calificativo inicialmente dado al adquirente final, pasando de ser un simple *inversor* a un *beneficiario de área*, entendido como la persona que se obliga a realizar los pagos a la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, para que esta, una vez cumplidos los compromisos, transfiera a título de beneficio una o más unidades resultantes del proyecto, o mediante una cesión del área que le corresponde a título de beneficio al fideicomitente. En esta etapa, se suele vincular al tercero adquirente a través de contratos denominados *encargos de vinculación* o *contratos de vinculación*.

Como puede verse, estas son estructuras contractuales complejas, que implican un análisis hermenéutico que no está al alcance del consumidor medio. Sólo cuando se refiere al contrato de vinculación, figura típica con la que se instrumentaliza la voluntad entre el adquirente y el fideicomitente promotor /

constructor y la fiduciaria, se puede ver cómo se trasiega por muchas ramas del derecho e instituciones jurídicas, en tanto no es un contrato típico en el ordenamiento jurídico colombiano.

Frente a este negocio jurídico, con el fin de identificar la complejidad que para el consumidor reviste el tema, incluso para el profesional en la materia, se ha dicho que [...] “en ellos se encuentran combinadas prestaciones propias de la cesión de derechos personales o créditos a título de compraventa, de la fiducia mercantil y de la estipulación para otros” [...] que [...] “se trata de la yuxtaposición de dos negocios jurídicos distintos, cuyos apartes se siguen gobernando por las reglas propias de cada uno de los negocios jurídicos típicos que intervienen” [...] y que:

[...] “en rigor, se produce una sola declaración de voluntad o negocio unitario que obedece a una operación económica global (la de adquisición de un inmueble destinado a vivienda), y que su ejecución conjuga prestaciones de diferentes contratos: cesión de derechos personales o créditos a título de compraventa, en lo tocante a la enajenación de los derechos derivados del contrato de fiducia mercantil, merced al cual el o los fideicomitentes promotores / constructores tienen la calidad de beneficiarios en relación con las unidades inmuebles resultantes de la construcción y estipulación para otros, para lo relacionado con la posición de “beneficiarios” que en el contrato de fiducia mercantil pasan a ocupar los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción”²¹ [...]

El consumidor final entonces, recorre un proceso o cadena contractual compleja, en la que adquiere diversos estados y posiciones contractuales pero que, en cualquier caso, no pasa de ser una transformación formal, para efectos de esta investigación y en relación a su calificación jurídica de consumidor. En otras palabras, desde su vinculación a los encargos de preventas, hasta la transferencia de la unidad a título de beneficio, o a cualquier otro título, tiene la calidad de consumidor inmobiliario con todos los derechos que de suyo conlleva.

²¹ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit., páginas. 208, 209 y 2010.

Conforme lo dicho, en el negocio de fiducia inmobiliaria pueden existir no solo una, sino diversas posiciones contractuales en las que es dable reunir la calidad de consumidor final. Aunque no es el escenario típico, tal como ya se ha mencionado, el consumidor puede situarse como fideicomitente y beneficiario a la vez; o por el contrario, es factible que exista un fideicomitente - beneficiario de una unidad inmobiliaria que no sea consumidor. La normativa que disciplina el contrato de fiducia mercantil en Colombia, permite que el beneficiario titular de la unidad inmobiliaria, tenga o no la calidad de constituyente. Excepcionalmente dicho beneficiario pudo haber concurrido al negocio primigenio²², y creemos que por ese solo hecho, no puede considerarse que pierda tal calidad, pues todo dependerá de la relación negocial, del pacto contractual, de la participación, y sobre todo, de la finalidad con la que se haya vinculado o haya concurrido a la firma del acuerdo inicial.

Lo relevante será la causa o finalidad última que motivó su vinculación en los términos del artículo 5 numeral 3 de la Ley 1480 de 2011. Es la destinación que se dé al respectivo inmueble, lo que dará la pauta para calificar la relación como de consumo, y no el esquema utilizado. Por tanto “[...] es indiferente para aplicar la LDC (y proteger al consumidor) que la adquisición de la unidad se realice mediante un boleto de compraventa con el fiduciario o sea mediante su incorporación como fiduciante y beneficiario. Lo importante es la causa determinante del aporte y las condiciones del pacto de adquisición de la futura unidad y quien ha sido el responsable del desarrollo del negocio [...]”²³. Si la

²² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su Significación en América Latina. 1ª Edición. Pg. 255. Bogotá: Legis Editores S.A, 2017. ISBN: 978-958-767-471-2. *“Hemos sostenido que el beneficiario deriva su derecho de una estipulación a su favor hecha por el fideicomitente en el acuerdo fiduciario. Que, desde este punto de vista, el beneficiario es un tercero por regla general, aunque ocasionalmente pueda concurrir a la suscripción del acuerdo inicial de la fiducia. (...) Es cierto que en la fiducia en general el beneficiario no es necesariamente un tercero, pues esa condición puede tenerla tanto el fiduciante como una persona ajena al contrato”*

²³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y el Fideicomiso Inmobiliario. Publicado en LA LEY2007-E, 1288. Pág. 3 a 4. Argentina. <<http://www.bibliotecacpa.org.ar/greenstone/collect/salagr/index/assoc/HASH4a3b.dir/doc.pdf>> “Lo

adquisición de la unidad como destinatario final, se hace con la finalidad de satisfacer una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o incluso empresarial no ligada intrínsecamente a la actividad económica, independiente de la forma o modo de vinculación a la fiducia, se está ante una relación de consumo inmobiliario, y por ende, ante la problemática de si es la Ley 1480 de 2011 la normativa que disciplina los derechos del consumidor y que a la postre pueda exigir de la entidad fiduciaria; y en caso afirmativo, hasta dónde va el alcance de dicha normativa frente a las obligaciones de esta.

Para finalizar, y como se expondrá a lo largo del presente trabajo, en el contrato de fiducia y respecto de todas las vicisitudes en torno al mismo, desde esta investigación, no se pueden construir conceptos únicos o esquematizados. Será la realidad negocial, los pactos privados entre las partes que concurren al negocio; y la ejecución y la etapa post contractual, lo que permitirá hallar las respuestas más acertadas. El profesor Ernesto Rengifo García citando al profesor Gilberto Peña Castrillon ha planteado que: [...] “Con frecuencia olvidamos que la realidad vital no es esquemática, ni arquetípica, sino anárquica, llena de zonas grises y de instituciones que se mueven en lo que podríamos llamar zonas fronterizas” [...] y que, [...] “por tratar de esquematizar la realidad, la calificación y ubicación de ciertos fideicomisos fracasa, y a raíz de estas dificultades de carácter práctico “se estimula el estudio de la naturaleza jurídica del acto de que se trate, tarea inútil en lo intelectual y en lo práctico”²⁴[...].

importante será el destino que el consumidor le dé al inmueble, independiente de que en el complejo edilicio la mayoría de las unidades sean destinadas a fines distintos que el de vivienda” (...). “Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato”

²⁴ CASTRILLÓN PEÑA, Gilberto. La fiducia en Colombia, Bogotá, Témis, 1986, pp. 46 a 48. Citado por, RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. 292 O. Pág. 55 ISBN: 9789587108163.

1.1.3 La Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos o también llamada Fiducia Completa como modelo contractual en el cual se presenta una mayor interrelación entre la actividad de la entidad fiduciaria, con los derechos del consumidor inmobiliario.

Las tesis propuestas para definir la naturaleza del negocio fiduciario y los esquemas que se han utilizado y diseñado en torno al mismo, incluso los modelos dispuestos de forma reglamentaria por la Superintendencia Financiera, no llegan a ser arquetipos que tipifiquen de forma exclusiva y exhaustiva el régimen legal y obligacional de las entidades fiduciarias, sin que con esto se exprese, que juegan un papel irrelevante, pues [...] “las finalidades del fideicomiso dentro del tráfico pueden ser tan amplias y extensas como el mismo talento y la creatividad humana” [...] ya que [...] “existe una amplia gama de actividades económico-jurídicas que pueden ser realizadas a través de la fiducia mercantil” [...] por lo cual [...] “ha sido calificada como un negocio de carácter instrumental”²⁵ [...].

Una de las notas características del contrato comercial de fiducia, y específicamente de la fiducia inmobiliaria, es que él mismo, es en esencia un vehículo contractual elástico o flexible de carácter instrumental, que permite realizar cualquier tipo de finalidad lícita, y amoldarse a las necesidades y a los pactos privados. En él, la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante, de manera que “los tipos de negocios fiduciarios reconocidos en Colombia abarcan de manera casi que ilimitada, todos los actos y negocios jurídicos lícitos, salvo aquellas excepciones legales que reservan taxativamente determinadas actividades a estatutos especiales”²⁶. Aunado a la versatilidad de dicho negocio jurídico, también es una particularidad propia que converja en el mismo no solo

²⁵ Ídem.

²⁶ Asociación Nacional de Industriales. Documento titulado: Fiducias: “*La Fiducia Colombiana como Instrumento para Celebrar todo Tipo de Negocios*”. <
<http://www.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/CrEmp/FidCol/Paginas/default.aspx>>.

uno, sino múltiples sujetos y contratos que se hallan ubicados y regulados por diversas ramas y áreas del ordenamiento colombiano, lo cual hace que no pueda deducirse un marco obligacional único.

Pues bien, este negocio jurídico de tanta complejidad, conlleva no generar conceptos inflexibles, ya que todo dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas en que se desenvuelva. No obstante, “hay ciertas reglas ya marcadas [...] por tipos no consagrados en la ley pero con plena delimitación social [...] que por [...] partir de la observación de la realidad permite una correcta interpretación del negocio jurídico, dando los criterios necesarios para su acertada calificación”²⁷ [...]. En este sentido, en tanto no es posible, ni el objeto del presente trabajo es abarcar de forma casuística el problema, sino generar conceptos generales que puedan ser una base o punto de partida en torno a este, se encausará la presente investigación en uno de los modelos de fiducia inmobiliaria, que conforme la tipicidad social que le es propia, y los pocos lineamientos consagrados normativamente, permite identificar un mayor grado de participación en el proceso de desarrollo inmobiliario.

Para este propósito, será la *Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos*, denominada también como *Fiducia Completa*, definida y descrita de forma reglamentaria por la Superintendencia Financiera de Colombia, el modelo fiduciario del cual partirá la presente investigación.

Se encuentra en el negocio de fiducia propuesto, una mayor interrelación entre el consumidor inmobiliario y la entidad fiduciaria; un mayor grado de participación de esta en todo el proceso precontractual, contractual y post contractual. En esta tipología, la entidad asume un rol integral que incluye, entre otros: la administración, el desarrollo, la supervisión y la tradición o entrega jurídica de la

²⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II Contratos Atípicos. 5ª Edición. Pg. 24-25. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2014. ISBN: 958-9276-26-1.

unidad inmobiliaria. No obstante, cabe aclarar en este punto que conforme la autonomía privada que se convierte en eje de su disciplina, bien pueden las partes pactar que la fiduciaria asuma uno o alguno de los anteriores roles, o incluso otros diversos que no correspondan propiamente a esta tipología, luego se parte de una concepción amplia en términos de participación. Esta participación completa, conlleva necesariamente a que su actividad esté íntimamente conexas, de forma directa, con los derechos esenciales dispuestos en la Ley 1480 de 2011 en relación al consumidor.

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una disposición que tipifique particular e íntegramente la estructura jurídica de la denominada fiducia inmobiliaria completa. Se ha dicho incluso respecto de la fiducia inmobiliaria como género, que la misma [...] a pesar de la indiscutible tipicidad social que tiene, carece de una disciplina orgánica propia o específica, distinta de la “normatividad marco”, que regula el contrato de fiducia contenida en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio ²⁸ [...] y que las disposiciones reglamentarias contenidas en la Parte II, Título II, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera, [...] carecen de la virtualidad jurídica suficiente para ser consideradas como una disciplina orgánica reguladora de la denominada fiducia inmobiliaria²⁹ [...].

Como una aproximación al concepto de la Fiducia Inmobiliaria Completa, se puede citar como antecedente normativo reglamentario la Circular Externa 007 de 1996 emanada de la Superintendencia Bancaria, que definía el Fideicomiso de Administración de Proyectos de Construcción como:

²⁸ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Pg. 30 a 31. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

²⁹ Ídem.

[...] Aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato [...]

En esta disposición reglamentaria, se reconoce uno de los elementos básicos que, a este concepto, se presenta en este tipo contractual, el que se puede denominar como *la integralidad de participación* en el proyecto constructivo, pues nótese que involucra las actividades de administración, desarrollo y transferencia.

Si bien es cierto hoy no está vigente dicho acto reglamentario, pues las tipologías se hallan descritas en las disposiciones contenidas en la Parte II, Título II, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera - Circular Externa 29 de 2014, lo cierto es que la misma ya evidenciaba la existencia y los rasgos característicos de la denominada fiducia inmobiliaria completa, que como se dijo anteriormente, tiene una marcada tipicidad social propia, a la cual se integran los pactos privados y normas imperativas.

La Superintendencia de Financiera de Colombia mediante concepto 2004043706-2 del tres de septiembre del año dos mil cuatro, también ha tenido la oportunidad de abordar el tema, resaltando como característica propia de esta tipología, el grado de participación de la entidad fiduciaria, así como las tres etapas en que se desenvuelve comúnmente un proyecto inmobiliario: una previa, una de desarrollo del proyecto, y, por último, la de liquidación y escrituración. Se expuso en el mencionado concepto³⁰:

[...] “El desarrollo de esta figura ha permitido reconocer distintas modalidades que, de una parte, se diferencian por el grado de la participación de la fiduciaria, cuyas obligaciones podrían comprender desde las completas que correspondan al

³⁰ Superintendencia Financiera. Concepto 2004043706-2 del tres de septiembre de dos mil cuatro.
<
<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/doctrinas2004/fiduciaainmobsocfidviv051.htm>
>.

esquema anterior hasta las más simples de administrar los recursos dinerarios empleados en el proyecto inmobiliario, para garantizar su oportuno y exclusivo empleo. [...] En la denominada fiducia inmobiliaria clásica, por tratarse del esquema más utilizado, es posible reconocer tres etapas. La previa o preliminar destinada a revisar la documentación básica, como títulos, permisos de autoridades, planos y estudios de factibilidad, pero, sobre todo, a la consecución de los inversionistas potenciales, esto es, las personas que estarían dispuestas a 'comprar' en planos y que, valiéndose del esquema fiduciario, pueden hacerlo desde ese momento sin riesgo alguno. En efecto su vinculación supondrá inicialmente, comprometerse a poner la suma que según el flujo de fondos está prevista como cuota inicial de los inversionistas, la cual será depositada en el fondo común ordinario, o invertida rentablemente. La segunda corresponde al desarrollo propio de la obra y se caracterizará por la celebración de los contratos de obra y suministros, bajo la dirección de una gerencia de obra, que en algunas ocasiones asume el fiduciario y con la supervisión de un ingeniero interventor. [...] Y la última dice con la liquidación del proyecto, incluyendo las escrituraciones de las unidades resultantes, la tramitación de las subrogaciones ante las entidades financieras que han concedido créditos para la construcción y que ahora lo sustituyen por créditos individuales a largo plazo para los compradores y la rendición final de cuentas propia del negocio fiduciario.³ [...] De conformidad con lo expuesto, las sociedades fiduciarias, la mayoría de las veces, con ocasión del contrato de fiducia mercantil, desarrollan la actividad de fiducia inmobiliaria comprometiéndose únicamente a administrar los recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales compradores, asumiendo simplemente el manejo de la tesorería del proyecto. [...] En otros casos, puede comprometerse con el fideicomitente a ser ella misma quien se encargue de administrar y desarrollar el proyecto inmobiliario, para lo cual contrata personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del contrato de fiducia" [...].

A su turno, la doctrina nacional y extranjera también se ha referido al nivel o grado de participación de la entidad fiduciaria en todo el proyecto constructivo, como nota característica que diferencia esta modalidad contractual. Se ha resaltado que un proyecto de construcción [...] no se agota en un acto único, sino que se instrumenta a través de un iter, que normalmente abarca las siguientes etapas a nivel "macro": el diseño del esquema del negocio; el armado del contrato de fideicomiso y sus anexos; su comercialización entre potenciales inversores; el

desarrollo de la obra; su entrega, la escrituración y extinción [...] ³¹; y que por ende, dicho vehículo o contrato fiduciario debe:

[...] “adecuarse, en lo que concierne a su diseño, planificación, comercialización y adjudicación, según el caso, a sus particulares características, además de reglamentar las cuatro etapas que comúnmente comprenden un proyecto basado en la construcción de una obra (ya sea a través de su afectación al régimen de propiedad horizontal o bien, para el loteo de un barrio privado o cerrado, o bien, a los fines de la construcción de un complejo de dúplex en grandes ciudades, según el caso), como son; la transferencia de la propiedad fiduciaria del conjunto de activos fideicomitidos del proyecto (tanto el terreno (de existir en tal instancia) como los fondos aportados para la construcción) a favor del fideicomiso; la administración del proyecto durante su ejecución, concertando operaciones tanto a nivel interno como externo; la asignación de beneficios por parte del fiduciario a favor de los beneficiarios; y finalmente, la adjudicación de la propiedad plena de las unidades terminadas, por parte del fiduciario, a favor de los fideicomisarios, o bien, alternativa o conjuntamente, su comercialización a favor de terceros” [...] ³².

El Profesor Luis Gonzalo Baena Cardenas, respecto del grado de participación, ha dicho que “en la denominada fiducia inmobiliaria clásica se reconocía tres etapas: la previa o de determinación de la viabilidad jurídica, económica y financiera del proyecto; la de ejecución de la construcción; y la de liquidación del proyecto ³³” y que hoy:

[...] se reconocen en el mercado distintas modalidades que se diferencian entre sí por el grado de participación que la sociedad fiduciaria tiene, el cual puede comprender únicamente la administración de recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales adquirentes, asumiendo solo el manejo de la tesorería del proyecto, o puede comprender la administración y desarrollo integral del proyecto, para lo cual contrata a personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las

³¹ RUIZ DE LOPEGUI, Gervasio. La obra al costo: un modelo de negocio. Capítulo incluido en la obra de

Tabakman, Damián. Fideicomisos al costo. Bienes Raíces Ediciones. 2011. Página 201.

³² PAPA, Rodolfo G. Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios. Publicado en: LA LEY 02/12/2014, 02/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1119. Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

³³ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Pg. 30. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

unidades construidas a quienes corresponda de acuerdo con el respectivo contrato fiduciario [...]³⁴.

Otras voces de reconocida autoridad en la materia, bajo el título de *Clásica, tradicional u omnicomprendensiva*, la reconocen como [...] una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas [...], que supone [...] la transferencia de un lote de terreno al fiduciario, que pasa a integrar un patrimonio autónomo, con el fin de desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades de vivienda resultantes a los compradores interesados [...], y que de contera asegura [...] la recaudación de cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto³⁵ [...].

En la actualidad, la Fiducia de Administración y Pagos es utilizada en la etapa de desarrollo material del proyecto inmobiliario. Esta tipología está descrita en la Circular Externa 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia como:

[...] el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato [...].

³⁴ Ídem.

³⁵ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Op.cit., p. 474.

Se considera que la llamada Fiducia Completa no se agota en la simple administración, pagos y transferencia de las unidades construidas, pues es una característica, además en algunos casos, el desarrollo integral del proyecto o *integralidad de participación*, aspecto perfectamente viable al ser el negocio fiduciario en esencia flexible y no contradecir ninguna disposición imperativa. Luego al margen de que en esta definición haya desaparecido el desarrollo, lo cierto es que el mismo se subsume en la gestión propia de administración, pues hace parte de su tipificación social.

Abordar el tema desde este tipo, permitirá transpolar las conclusiones establecidas incluso hacia otras subespecies, puntualmente a la fiducia de preventas, en cuanto las mismas tienen un gran contenido de relatividad, pero para ello, se debe fijar a partir del modelo escogido, las bases interpretativas del presente trabajo.

Se ha resaltado en este acápite la importancia de enmarcar esta investigación en un tipo contractual, “pues contribuye a su correcto conocimiento, precisamente por partir de la observación de la realidad y además permite una correcta interpretación del negocio jurídico, dando los criterios necesarios para su acertada calificación³⁶”, no obstante, es de resaltar que el vínculo jurídico que surge entre una entidad fiduciaria y el consumidor inmobiliario, tiene distintas clases y fuentes de obligaciones, bien sea legales, otras contractuales, y no se agota de forma exclusiva en una determinada la tipología como la propuesta, como tampoco en las disposiciones contenidas en el Código de Comercio o la normatividad que integra el sector financiero.

Como cualquier otro negocio jurídico, el contrato mercantil de fiducia utilizado en desarrollos inmobiliarios, halla su regulación en principio, en las normas dispuestas en el Código de Comercio y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, luego al mismo también se integran las demás disposiciones de los

³⁶ ARRUBLA PAUCAR. Op.cit., p. 24

negocios particulares involucrados o relacionados, las normas imperativas asociadas al negocio de fiducia y a cada negocio jurídico que se relacione - conexo o coligado con la misma -; así como las propias de la naturaleza, la costumbre y la equidad.

Es decir, el contrato comercial de fiducia inmobiliaria y particularmente el denominado *Completo*, como vehículo contractual utilizado en la etapa de desarrollo de proyectos inmobiliarios, no reviste reglas exhaustivas, por el contrario, la regulación típica o el tipo social, dará unas pautas generales, luego a este deben integrarse las disposiciones imperativas, tal es el caso de la Ley 1480 de 2011 y complementarias para el sector inmobiliario, y claro, la autonomía de la voluntad como uno de los ejes axiales de este tipo de negocios. Integrando estos, se puede identificar la mayor o menor cercanía o relación con el consumidor; o la mayor o menor injerencia en las actividades que de una u otra forma involucran los derechos de publicidad e información del proyecto; la actividad contractual en lo que concierne a la adquisición de la unidad inmobiliaria, esto es, la protección contractual en la fase de desarrollo; y la garantía de calidad, idoneidad y seguridad.

Por último, y no menos importante, es de resaltar que el modelo fiduciario propuesto, tiene gran relevancia en la industria constructiva, pues el mismo según informes del sector, es el que guarda un mayor porcentaje de utilización³⁷. Al año dos mil dieciocho, tal como se plantea en nota publicada en la Revista Portafolio

³⁷ Ministerio de Hacienda de Colombia – Documento Técnico –Vehículos de Financiación Inmobiliaria. <www.minhacienda.gov.co> “En Colombia a 30 de junio de 2016, se encuentran operando 25 sociedades fiduciarias, las cuales desarrollan alguno (s) o todos los tipos de negocio fiduciario. Al mismo corte, las sociedades fiduciarias administran 23.244 negocios fiduciarios, de los cuales el 51,8% se clasifican como de administración y el 31,1% son inmobiliarios, en sus modalidades de administración y pagos, de tesorería y de preventas, y el restante 17,1% son negocios fiduciarios de inversión, garantía, fondos de pensiones voluntarios, seguridad social y fondos de inversión colectiva”.

del 30 de mayo de este año³⁸, de las siete tipologías de negocios fiduciarios, el 12 % del total de los activos corresponden a la fiducia inmobiliaria; mientras que el 70 % de los proyectos constructivos se comercializa sobre planos, y el 93 % usa el mecanismo fiduciario dentro de su estructuración.

1.1.4 Una aproximación a los roles de la entidad fiduciaria en el esquema de Administración y Pagos para el desarrollo de un proyecto inmobiliario de vivienda.

Los roles que asume el fiduciario en los diferentes esquemas, tienen gran contenido de relatividad. Si bien las normas de carácter superior e imperativo se integran como pautas en toda la gestión, su actividad, dependerá en gran parte de la autonomía privada vertida en el acto constitutivo, y en la ejecución del proyecto como manifestación inequívoca en obligarse, de tal suerte que “la intensidad del vínculo obligatorio, esto es, la medida del compromiso que adquiere el fiduciario, varía según las circunstancias particulares en que se celebra el negocio fiduciario, atendida la finalidad a la que quedan afectados o se encuentran afectados los bienes fideicomitidos³⁹”.

En este sentido, se considera que no es pertinente listar de forma concluyente un decálogo de funciones propias de la entidad fiduciaria en el esquema propuesto. El análisis debe efectuarse en cada caso de acuerdo con los siguientes criterios: (i) Conforme los pactos privados que se susciten en toda la estructura contractual que envuelve una cadena sucesiva de negocios jurídicos: etapa de preventas - desarrollo - liquidación; (ii) De acuerdo con la asunción de funciones en dicho proceso que no se hallen consagradas en los pactos privados, pero que son

³⁸ Revisa Portafolio del 30 de mayo de 2018. Gabriel E. Flórez G. <<http://www.portafolio.co/negocios/fiducia-la-aliada-de-los-inmobiliarios-517640>>

³⁹ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 112.

asumidas como manifestación inequívoca de la voluntad privada; y sobre ello (iii) La integración de normas superiores e imperativas y las reglamentarias del sector.

Como premisa inicial, es preciso mencionar que la fiduciaria asume un papel protagónico de garantía, de fides, de confianza mutua de todas las partes involucradas en el proyecto, pero sobre todo, del consumidor inmobiliario, quien movido por dicha seguridad y al margen del querer económico y utilidad buscada por los desarrolladores/construtores/ promotores y del fiduciario, deposita su voluntad haciéndose parte del proceso contractual. En general, y como rol que abarca todo el proceso, independiente de los modelos contractuales utilizados o los pactos privados, su principal función la constituye *“La realización diligente de todos los actos indispensables para la consecución de la finalidad perseguida, de tal forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas”*, a través de [...] *“una actividad material [...] consistente en administrar y/o enajenar los bienes fideicomitidos de acuerdo con una determinada conducta, denominada prestación fiduciaria, que el fiduciario deberá desarrollar respecto de los bienes fideicomitidos de cara al cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente⁴⁰[...].* Lo anterior, conforme el artículo 1234 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 3 literal a) de la Ley 1328 de 2009, que permea toda la actuación en lo que tiene que ver con los ejes centrales de la parte sustantiva del Estatuto General de Protección al Consumidor.

La Circular Externa 29 de 2014 - Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, describe la Fiducia Inmobiliaria como:

[...] *“Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la*

⁴⁰ Ídem.

administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato” [...]

Y la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos como:

[...] el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato [...].

Conforme las anteriores definiciones, se evidencia que la función principal la constituye la administración y representación de un patrimonio autónomo, conformado por un bien inmueble sobre el cual se levantará el proyecto, así como de otros bienes aportados por el fideicomitente, los beneficiarios o los consumidores vinculados, cuyo propósito es el *desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario* para la *posterior transferencia de las unidades resultantes* a los beneficiarios del contrato. Acorde con lo dicho, su función general será la de servir como vocero de un vehículo de propósito especial asegurando [...] el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto a través de las etapas [...] como [...] mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra [...] siendo una especie fiel de balanza para la [...] protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas [...]⁴¹.

Se puede ver que las funciones no se agotarán en las simples disposiciones contractuales, en las instrucciones del fideicomitente, o el decálogo de actividades enumeradas en la Circular Básica Jurídica o demás normas concordantes del sector financiero o del Código de Comercio. A ellas, además, deben incorporarse todos aquellos deberes que emanen de las leyes y que sean necesarios para

⁴¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Op.cit., p. 473 a 74.

alcanzar la finalidad de la fiducia. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 1 de junio de 2009, M.P.: William Namén Vargas expuso que:

[...] “Justamente, por la confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario, el fiduciante acude a sus servicios, le transfiere uno o varios de sus bienes y le confía una finalidad fiduciaria, para su provecho o el de un tercero, confiriéndole poder dispositivo de los bienes integrantes del patrimonio autónomo; esa misma confianza en la profesión, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia, motiva a terceros para celebrar actos, negocios y contratos vinculados al negocio fiduciario y, en general, la confianza, preside toda la formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario.[...] Efecto de la confianza, es la conformación de un patrimonio autónomo, separado e independiente al de las partes, afecto y destinado exclusivamente a la finalidad fiduciaria (M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 89; L. Bigliuzzi, U. Geri, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982), cuya legitimación dispositiva, activa y pasiva, sustancial y procesal, para celebrar actos, negocios y contratos, adquirir derechos, contraer obligaciones, disponer de lo suyo, comprometer su responsabilidad y representarlo en juicio, ostenta *ministerium legis* el fiduciario. [...] Sin embargo, esa sola circunstancia no autoriza excluir in radice la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio “directamente por situaciones en que se le sinde de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo” (Cas.civ. agosto 3/2005 [SC-200-2005], exp.1909).[...] Conforme a una difundida opinión jurisprudencial, la responsabilidad profesional “es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”, impregnándose no solo de la “aplicación de los principios técnicos y científicos” exigibles, sino de “normas protectoras del individuo y de la sociedad”, que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión (cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177); por regla general, la responsabilidad contractual del profesional, está referida a las obligaciones de medios, resultado, garantía y seguridad y al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los deberes o compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, fides, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes [...] No siendo del caso

ocuparse detenidamente de la problemática planteada, baste indicar que en el régimen de la responsabilidad negocial, imperan los principios de la **fides** y de la **utilitas**; el contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, es un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos esenciales (esentialia negotia), naturales (naturalia negotia) o accidentales (accidentalia negotia) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 esjudem y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad; la libertad contractual, no es poder ad libitum, comporta un ejercicio serio, legítimo, responsable, evidentes cargas y deberes singularizados e intensificados en las situaciones o relaciones específicas del sujeto, exigibles en todas las fases del negocio y el desarrollo de las profesiones está enmarcado en una función social relevante, en cuyo desarrollo se incorporan ex eo naturaliter las reglas explícitas reguladoras de la actividad profesional. [...] Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados” [...]

Ahora bien, sin perjuicio de todos aquellos deberes generales, es posible identificar notas características de las funciones más relevantes en la atapa de desarrollo del proyecto inmobiliario, ejecutado a través de la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos, que impactan al consumidor inmobiliario en relación con sus derechos. Estos roles son perfectamente determinables como pautas generalizadas, y se deducen del marco general que tipifica el contrato comercial de fiducia en el Código de Comercio, de las regulaciones reglamentarias expedidas en torno al mismo, y de la praxis comercial en la materia. Luego no se abordará en consecuencia obligaciones que, aunque de suma importancia, para efectos de este trabajo no se relacionen con las bases sustanciales del estatuto general de protección al consumidor.

El negocio edificador en Colombia es variable. Antes de los años noventa, era tendencia la construcción para la venta, fundamentada en inversiones y relaciones directas entre constructor y comprador, modelo que, si bien es viable y aun utilizado, está en verdadero desuso en relación con otros esquemas. La crisis acaecida en aquella década y el advenimiento de apremios importantes para el sector y la economía, conminó a que la praxis y estructura negocial en el campo de la construcción se transformara, incorporando un nuevo modelo de mucha utilización con dos particularidades especiales: la primera de ellas, es la incursión de las entidades fiduciarias como parte esencial que permitió recuperar la confianza de todos los actores; y la segunda, la organización sucesiva y progresiva de negocios jurídicos conexos, que garantizarán llevar a buen término el proyecto inmobiliario. Frente a esta última característica, la práctica inmobiliaria ha mostrado que se desarrolla por fases, algunos tratadistas hablan de dos, otros de tres, por ende no se abordará el análisis de dicha discusión al no ser el objeto del presente, y por considerar para lo que se pretende, que no tiene incidencia, y por el contrario guarda coherencia con la propuesta de identificar: (i) los momentos del modelo de negocio de construcción inmobiliaria; (ii) los roles de la fiduciaria en ellos; y (iii) la interrelación con el consumidor inmobiliario en las diferentes fases.

Se hablará de una etapa previa de estructuración y viabilidad (jurídica, técnica y financiera); y otra de desarrollo material, ejecución, y en este criterio, post contractual o de garantía. El Profesor Baena Cardenas en relación con las fases o etapas de desarrollo de un proyecto de construcción enseña que:

[...] lo cierto es que la experiencia demuestra que el desarrollo de un proyecto de construcción de inmuebles destinados a vivienda utilizando esta clase de vehículo de propósito especial, se lleva a cabo en dos fases o etapas: una primera etapa que tiene por objeto estructurar el proyecto desde el punto de vista técnico (diseño de planos, cálculos, presupuestos, programación de obra, etc.) jurídico, económico y ambiental y vincular a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del mismo [...] La otra etapa tiene por objeto el desarrollo material del proyecto; la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución del mismo; la realización de los pagos asociados a dicho

desarrollo de acuerdo a las instrucciones señaladas en el acto constitutivo; la transferencia del derecho de dominio de los inmuebles construidos a los terceros adquirentes y la liquidación del contrato de fiducia inmobiliaria [...] ⁴²

Otras voces por su parte, han reconocido una tercera etapa denominada de liquidación del proyecto y escrituración, la cual en nuestro criterio está comprendida dentro de la etapa de desarrollo. Frente al tema, la Superintendencia Financiera ha dicho que:

[...] En la denominada fiducia inmobiliaria clásica, por tratarse del esquema más utilizado, es posible reconocer tres etapas. La previa o preliminar destinada a revisar la documentación básica, como títulos, permisos de autoridades, planos y estudios de factibilidad, pero, sobre todo, a la consecución de los inversionistas potenciales [...] La segunda corresponde al desarrollo propio de la obra y se caracterizará por la celebración de los contratos de obra y suministros, bajo la dirección de una gerencia de obra, que en algunas ocasiones asume el fiduciario y con la supervisión de un ingeniero interventor. [...] Y la última dice con la liquidación del proyecto, incluyendo las escrituraciones de las unidades resultantes ⁴³ [...]

Por su parte, el Profesor Rodríguez Azuero, separa la etapa de liquidación de la etapa de desarrollo y preliminar. Menciona, contrario a lo expuesto por la Superintendencia Financiera, que la escrituración hace parte de la etapa de desarrollo, y que:

[...] “La hemos separado siempre, en la presentación económica del tema, para resaltar su importancia y para recordar una verdad de Perogullo que, en veces, fue ignorada u omitida en algunas experiencias fiduciarias y es que el contrato, sus obligaciones y, naturalmente, sus eventuales responsabilidades no terminan con la construcción de la obra, ni aun con la escrituración de las unidades resultantes, verdadero punto de unión entre ambas etapas. En la práctica y a partir de ese momento es preciso desarrollar numerosas tareas, generalmente engorrosas y

⁴² BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit., p. 182.

⁴³ Superintendencia Financiera. Concepto 2004043706-2 del tres de septiembre de dos mil cuatro.
<
<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/doctrinas2004/fiduciaimobsocfidviv051.htm>
>.

frecuentemente generadoras de pequeñas o grandes diferencias con los distintos intervinientes⁴⁴ [...]

Sin entrar en la discusión, coinciden todos en que el esquema fiduciario de Administración y Pagos se ubica en la fase de desarrollo material del proyecto, en donde se supone ya existe una viabilidad técnica, jurídica y económica, un punto de equilibrio, y diversos consumidores vinculados al proyecto previamente con la denominación de inversionistas.

Si bien no es posible contractualmente desligar por completo la etapa previa y la de desarrollo por la función jurídico económica que engloba todo un proyecto, lo cierto es que en la fase de desarrollo, la entidad fiduciaria como representante del patrimonio autónomo conformado, tiene participación directa en la estructuración contractual de vinculación y la firma o perfeccionamiento del mismo, esto es, concurre a la celebración del negocio jurídico de vinculación, bien directamente, ora en compañía y en conjunto con el constructor o desarrollador. Luego también participa directamente en la escrituración y tradición o entrega jurídica. Estos dos momentos negociales, son de trascendental y vital importancia, pues impactan de una u otra forma, los tres pilares básicos que en materia sustancial consagra la Ley 1480 de 2011, sobre lo cual se hará referencia más adelante.

Frente al desarrollo o ejecución material del proyecto, es posible (aunque de poco uso), que el encargo conlleve el compromiso con el fideicomitente para que el fiduciario sea quien además de administrar, desarrolle directamente el proyecto, contratando con terceras personas la construcción, lo que de suyo compromete la obligación de garantía de calidad, idoneidad y seguridad. Así mismo, también podría adquirir la obligación, no de desarrollo directo, pero sí la celebración de los contratos de obra y suministros, lo que no descarta también una asunción de

⁴⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Op.cit., p. 477.

responsabilidad frente a la garantía del producto dependiendo de las circunstancias jurídicas y fácticas.

Sobre este tópico, habrá referencia con más concreción en el capítulo respectivo, luego lo que queremos significar es que la ejecución material, y de contera la responsabilidad por la garantía de calidad, idoneidad y seguridad, o por vicios ocultos de la cosa, o por la falta de entrega o entrega defectuosa, no puede desecharse de plano, ya que “la intensidad del vínculo obligatorio, esto es, la medida del compromiso que adquiere el fiduciario, varía según las circunstancias particulares en que se celebra el negocio fiduciario, atendida la finalidad a la que quedan afectados o se encuentran afectados los bienes fideicomitidos⁴⁵”.

Ahora bien, dicho vehículo de propósito especial para la ejecución, desarrollo y transferencia de las unidades resultantes, requerirá de una sucesiva actividad contractual, bien con consumidores (llámese compradores, beneficiarios de área, inversionistas, fideicomitentes) o con terceros contratistas conforme el encargo que se le haya encomendado en cuanto al desarrollo material. De suyo que se trate de [...] contratos de fiducia mercantil que sirven de régimen general para que se lleven a cabo en adelante sucesivos negocios de diversa índole [...] en particular para que se lleven a cabo operaciones de cesión de derechos de beneficio fiduciario con los terceros interesados⁴⁶ [...].

Sobre este punto, se mencionó en líneas anteriores que la finalidad última es la transferencia de las unidades inmobiliarias, lo cual viene necesariamente precedido de un contrato inicial con el cual nace la relación en la etapa de desarrollo (llámese contrato de vinculación como beneficiario de área, o contrato

⁴⁵ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 112.

⁴⁶ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 187.

de promesa de compraventa), y en una etapa previa llamada de preventas de un negocio jurídico denominado comúnmente como encargo fiduciario de inversión.

En la etapa inicial de desarrollo, concurre la entidad fiduciaria bien sea directamente o en conjunto con el fideicomitente conforme el encargo, a suscribir los documentos con el consumidor inmobiliario. Se trata de una etapa contractual inicial donde el consumidor inmobiliario forma su voluntad, hace un juicio volitivo a partir de la información que del proyecto y la unidad inmobiliaria le sea suministrado, aparejado de un valor intrínseco que es la concurrencia de la entidad fiduciaria como garantía de salvaguarda del cumplimiento de lo que le fue ofertado y que al final adquirió. De esta forma, dicha función establece una conexión directa con un eje central de la Ley 1480 de 2011, que es la llamada “protección contractual”.

Para efectos de cumplir plenamente la finalidad perseguida con el contrato de fiducia, se encuentra un momento en esta etapa de desarrollo denominado de *entrega jurídica*, que comprende la escrituración y tradición que en muchos casos compete a la fiduciaria, y que para efectos de esta investigación, comporta un rol de suma importancia en cuanto involucra de alguna forma los tres pilares que soportan la parte sustantiva de la Ley 1480 de 2011: Información y Publicidad, Protección Contractual y Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad.

En el acto solemne de la escrituración, se hará una descripción física del inmueble (áreas, zonas comunes, garantías, coeficientes, linderos, títulos antecedentes, entre otros), por ende en ella se ve reflejada claramente la información como derecho esencial del consumidor, a la par que dé garantía (entendiendo que la misma no comprende únicamente los vicios de la cosa), pues por un lado, como ya lo mencionamos, la calidad comprenderá las características informadas, y por el otro, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011,

corresponde a la garantía legal el registro correspondiente de la unidad inmobiliaria, que debe estar precedido de la respectiva escritura pública. No sobra mencionar que como contrato que materializa finalmente la transferencia, en él está inmerso el eje de la protección contractual.

Si bien se tendrá la oportunidad de ahondar en el impacto del régimen de protección contractual y de información y publicidad contenido en la Ley 1480 de 2011, cabe mencionar que como deberes propios en estas materias, sin perjuicio de las consignadas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993- y Estatuto de Protección del Consumidor Financiero -Ley 1328 de 2009-, la Circular Externa 29 de 2014 impone a las sociedades fiduciarias en todos los esquemas, y propiamente en el de Administración y Pagos, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) Incluir en todos los contratos las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas, según el tipo de negocio fiduciario celebrado; (ii) Informar los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes fideicomitidos; (iii) Estipular en cláusulas separadas las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente y/o beneficiario; (iv) Suministrar para la respectiva evaluación los contratos, en orden a velar porque las condiciones generales se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses; (v) Contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación; y (vi) En cuanto sea necesario para dar una adecuada información al fideicomitente, adherente o beneficiario, deben hacer parte, a su vez, los contratos suscritos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, razón por la cual se debe entregar copia de tales documentos a la firma del contrato de fiducia respectivo.

Corolario de lo dicho en cuanto a información, publicidad y protección contractual, desde la etapa previa hasta la culminación del encargo, la entidad fiduciaria asume un rol fundamental, pues es quien concurre -directamente o en conjunto- a la celebración de los mencionados contratos. Dicha función no se agotará en este acto previo, perdurará durante toda la etapa constructiva, en tanto como experto y por la ubérrima confianza que transmite al consumidor y que de suyo éste le deposita, tiene el deber de informar de forma idónea y oportuna todo cambio o mutación en cuanto a las características, tiempos, condiciones, entre muchos otros, sin querer significar con ello que quede relevada de responsabilidad.

Volviendo a las funciones que impactan la garantía de calidad, idoneidad y seguridad de las unidades inmobiliarias, ya se ha hablado que la calidad, en cuanto a las condiciones informadas, va a estar permeada por la información que se suministre; y que la escrituración y registro como acto de entrega jurídica, es un aspecto incluido dentro de la garantía, obligación que puede estar en cabeza de la fiduciaria al ser asumida en el acto constitutivo.

Luego en cuanto a la calidad e idoneidad por fallas estructurales del bien o de sus acabados, ya se ha dicho que bien puede asumir la fiduciaria una función de desarrollo material del proyecto, lo cual no es frecuente precisamente por la responsabilidad directa que conlleva, o bien desligarse de dicha obligación. Empero, aun cuando su obligación no sea la de desarrollo, y de acuerdo con lo dicho inicialmente en cuanto a la obligación de desplegar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad, aunado a diversas obligaciones propias que asume en su gestión, tal es el caso de la ubérrima y máxima diligencia, las sociedades fiduciarias están obligadas, por virtud del principio de la buena fe, a adoptar una serie de precauciones elementales tendientes a verificar que las diversas variables que puedan incidir en el riesgo que aquellos toman, se encuentren de manera suficiente y adecuadamente controladas; más

exactamente, que los futuros adquirentes (beneficiarios) van a recibir en su momento lo que están pretendiendo adquirir al momento de vincularse o adherirse al esquema fiduciario”⁴⁷.

De suerte que la Circular Externa 29 de 2014 impone unos deberes especiales de verificación que apuntan necesariamente al desarrollo de forma adecuada (tanto material como jurídico), los cuales, sin ser los únicos, comprenden el deber previo de evaluar, valorar y verificar los siguientes aspectos: (i) Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones; (ii) Que la tradición de los inmuebles no presenten problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes; (iii) Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto; (iv) Que se encuentren dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores; (v) Que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra; (vi) Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto; y que (viii) se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

Se identificó en este título, algunos de los roles principales de la entidad fiduciaria (pudiendo existir otros diversos), que directamente se relacionaran con el deber de información y publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad consagrados en la Ley 1480 de 2011. Luego este planteamiento es apenas una aproximación necesaria para ilustrar a groso modo el grado de

⁴⁷ Ídem. Pág. 203.

participación y de proximidad de la fiduciaria, de cara al consumidor inmobiliario y su finalidad en la modalidad contractual que proponemos.

1.1.5 Algunas reflexiones frente a los Encargos Fiduciarios de Preventas como negocios jurídicos característicos en la etapa previa al desarrollo inmobiliario.

Para el promotor o constructor, la fiducia inmobiliaria de preventas instrumentalizada a través de encargos fiduciarios, se convierte en un esquema ideal de financiamiento previo al desarrollo, que ha llevado a que el sector inmobiliario haya robustecido enormemente su operación. Será un diseño económico y blindaje jurídico ideal para todas las partes, pues a la par de contar con un tercero especializado que garantiza el buen recaudo y administración de los recursos, permite tener de antemano, los recursos necesarios para el desarrollo del proyecto una vez se alcance el denominado *punto de equilibrio*.

La Circular Externa 29 de 2014, describe la tipología a la que se hace referencia de la siguiente forma:

[...] Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato. Puede presentar varias modalidades: [...]

[...] Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario. [...]

En relación con la función de la fiduciaria en la Fiducia de Preventas, la Superintendencia Financiera ha dicho que:

[...] En tratándose de un negocio de fiducia inmobiliaria de preventas, conviene señalar que la función principal de la sociedad fiduciaria es la de efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de personas interesadas en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente hacen parte del precio prometido por la compra; así mismo debe administrar e invertir los dineros de acuerdo con las estipulaciones contractuales pertinentes mientras se cumplen las condiciones técnicas y financieras establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario, esto es el punto de equilibrio. [...] [...] Así mismo, en esta modalidad de fiducia inmobiliaria, en el contrato debe quedar claramente establecido, entre otros temas, si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos y si participará en la definición del punto de equilibrio⁴⁸. [...]

Conforme la definición normativa y la anterior referencia doctrinaria, se trata de una fase preliminar al desarrollo, cuya finalidad corresponde principalmente a la estructuración económica (aunque comprende también la viabilidad jurídica y técnica), para alcanzar el denominado punto de equilibrio, entendido como un número mínimo de preventas. Nótese como en la definición normativa, la función principal de la fiduciaria es efectuar el recaudo de los recursos provenientes de la vinculación a los encargos, administrándolos e invirtiéndolos mientras se cumplen las condiciones pactadas con el constructor o promotor para el respectivo desembolso.

Si bien una de las finalidades relevantes de esta etapa es la de conseguir un blindaje económico a todas las partes para llevar a buen término el proyecto, a través de una sucesiva y posterior etapa, lo cierto es que, para el consumidor inmobiliario medio, la realidad es otra. No puede considerarse para el comprador que dicha fase sea de tratos previos o preliminares, en la que se le considere “inversionista” del proyecto. Por el contrario, dicho fenómeno contractual muestra

⁴⁸ Concepto 2017084525-001 del 24 de agosto de 2017. <https://camacol.co/sites/default/files/base_datos_juridico/CONCEPTO%20SUPERFINANCIERA%20NACIONAL%202017084525-001%20de%202017.pdf>

como en esta etapa, hay un despliegue publicitario y de información que se suministra al consumidor por diversos medios, con lo cual este formará su consentimiento contractual en lo referente a los aspectos materiales de la unidad inmobiliaria proyectada, y a los aspectos jurídicos relevantes como el precio, la forma de pago, el plazo, las condiciones o formas contractuales sucesivas, los imprevistos, los riesgos, las modificaciones, las multas o penalidades, el punto de equilibrio, el quebrantamiento del negocio por no alcanzarse las condiciones para la entrega de los dineros recaudados, entre muchos otros.

Se evidencia como en esta etapa, la información, publicidad y la protección contractual juegan un papel preponderante, que busca que los posibles adquirentes, previo a la celebración del negocio, conozcan todo lo que necesitan y les conviene saber; todos los datos objetivos esenciales para hacer un verdadero juicio volitivo. No es una simple etapa precontractual de inversión especulativa para el consumidor, es un momento cumbre, cúspide, en el cual confiando en la realidad de lo ofertado y en la presencia de la fiduciaria, vierte su voluntad, se obliga, y espera obtener al final lo convenido.

Es cierto que la definición reglamentaria pareciera denotar, para lo que corresponde a la entidad fiduciaria, apenas un deber de recaudo y administración, sin embargo, también es cierto al margen de que son los promotores y constructores los encargados de suministrar la información del producto y de llevar a cabo la publicidad del mismo, que la entidad fiduciaria es quien concurre con el consumidor a celebrar los encargos fiduciarios de preventas, negocios jurídicos que en últimas, son los documentos a través de los cuales se instrumentaliza y materializa el juicio volitivo del consumidor precedido de toda la información relevante del producto y de sus condiciones económicas y jurídicas.

A este respecto se ha dicho que:

[...] “La actividad de ofrecer proyectos para ser financiados con aportes de los inversionistas, quienes reciben a cambio no un inmueble propiamente dicho sino unos derechos fiduciarios en relación con el proyecto global o algunas de sus unidades, ha conocido un incremento importante en años recientes. Dado que en Colombia no se trataría de títulos valores ni han sido calificados como valores por la Superintendencia, han sufrido frecuentes debates sobre su naturaleza, los derechos que otorgan y los riesgos particulares que generan. En nuestro sentir el esquema es perfectamente legítimo, pero suscita dos reflexiones importantes. La primera, vincula con un tema de política regulatoria y es que para algunos observadores se trataría de un mecanismo que al no requerir de procesos más complejos como los de titularización inmobiliaria, produciría una especie de arbitraje regulatorio a su favor, pues a nivel de mercado podrían percibirse como productos sucedáneos. Y la otra, quizás la más importante, que recuerda la necesidad de cumplir en forma eficiente la obligación de información, tan importante en los productos financieros. Una reciente modificación de la circular básica jurídica ha introducido disposiciones particulares refiriéndose a la publicidad de los negocios de preventas “a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”, que ponen en evidencia la preocupación de la entidad de control sobre este producto”⁴⁹. [...]

Esta breve reflexión en torno al negocio de preventas, significa por un lado, la importancia de esta etapa previa frente al cúmulo obligacional que asumen las partes en la etapa sucesiva de desarrollo a través de la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos; y por otro lado, que incluso en esta etapa previa, los pilares de información, publicidad, protección contractual, y garantía de calidad, idoneidad y seguridad sobre los que se cimienta la parte sustantiva de la Ley 1480 de 2011, no deben desecharse y por el contrario deben integrarse en el análisis de las obligaciones que asume la entidad fiduciaria como firmante de estos verdaderos contratos de consumo.

⁴⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Op.cit., p. 476.

1.1.6 Regímenes legales particulares del contrato de fiducia inmobiliaria, la actividad fiduciaria y el régimen general de protección al consumidor como beneficiario del negocio subyacente - Una aproximación a los aspectos problemáticos inmersos en ellos.

En la actualidad los desarrollos inmobiliarios de vivienda se afincan en esquemas jurídico - económicos que rompen las tradicionales formas negociales, tal es el caso del negocio jurídico de fiducia inmobiliaria, que abarca una compleja relación entre sujetos y contratos coligados entre sí. De allí que en ellos encontramos diversas normas que confluyen en una operación económica en la que los supuestos normativos en algunos casos, aparentemente parecieran ser antagónicos. Esta convergencia contractual y de contera normativa, ha llevado a que no exista unicidad hermenéutica en cuanto a las normas que deben gobernar la relación, lo que a la postre atenuará o aumentará el grado de responsabilidad según se opte por una u otra posición.

Las sociedades fiduciarias, y en general la corriente interpretativa asumida por la Superintendencia Financiera, respaldan la tesis según la cual, son las normas del negocio fiduciario consignadas en el Código de Comercio y las que integran el sector financiero, las llamadas a disciplinar la relación, en tanto se trate exclusivamente de la actuación de la fiduciaria en el marco de dicho esquema contractual. Esta posición, lleva a considerar la existencia de una separación de regímenes normativos paralelos e independientes entre sí, en una operación económica única, que es, el desarrollo y transferencia de una unidad inmobiliaria.

Por un lado, se encontraría un sistema normativo que regula la relación entre desarrollador/promotor/constructor y consumidor; y por el otro, la que disciplinaría la operación entre desarrollador/promotor/constructor/consumidor y la fiduciaria, lo que de suyo nos llevaría a excluir la integración de la Ley 1480 de 2011 - Estatuto

General de Protección al Consumidor en la relación Fiduciaria - Consumidor Inmobiliario.

Se debe resaltar que gran parte del problema tiene como punto de partida este análisis segregado y paralelo de la regulación jurídica expedida para un sector y sujeto específico, tal es el caso del fiduciario como parte contractual cualificada, desconociendo dos conceptos fundamentales: 1. El ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas⁵⁰; y 2. El negocio jurídico de fiducia inmobiliaria como vehículo de propósito especial cuya finalidad última es la *operación económica de desarrollo inmobiliario*, en el que se encuentra por consiguiente un cosmos normativo igualmente conexo, que no se pueden fragmentar.

Lo anterior, exige identificar los diferentes conceptos jurídicos problemáticos derivados del contrato de fiducia inmobiliaria regulado en el Código de Comercio; de las disposiciones que integran el sector financiero, en especial del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993- y Estatuto de Protección del Consumidor Financiero -Ley 1328 de 2009- ; y de la Ley 1480 de 2011, a fin de integrar armónicamente dicha normativa conforme su génesis y espíritu teleológico; su derivación constitucional y los principios y derechos que en él se ven inmersos.

Como nota introductoria, se debe decir que el contrato de fiducia mercantil se halla regulado en el título XI del Libro Cuarto del Código de Comercio. Los pocos artículos que disciplinan dicho negocio - 1226 a 1244 -, nada dicen respecto de las tipologías definidas de forma reglamentaria por la Superintendencia Financiera, por ende, cualquier prototipo fiduciario, se sujeta en principio a esta normativa

⁵⁰ Sentencia C-836/01 [...] *La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución [...]*.

marco. No obstante, su regulación taxativa es corta en el Código de Comercio, como amplía la posibilidad de reglamentación privada y diversa la normativa que gravita en torno a la operación económica, lo que lleva a considerar la escala de criterios y graduación normativa como disciplina del referido contrato⁵¹.

Bajo este supuesto, se puede hallar multiplicidad de aspectos problemáticos por su aparente incompatibilidad, no obstante, se hace referencia a los siguientes conceptos que para este criterio, son la principal fuente de disparidad interpretativa en cuanto a la integración de la Ley 1480 de 2011 al régimen obligacional de la entidades fiduciarias: (i) La entidad fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo –*Gestor de intereses ajenos y la denominación de propietario instrumental de los bienes fideicomitidos*–; y (ii) La obligación de medio en cabeza de la entidad fiduciaria, frente al régimen de responsabilidad de la Ley 1480 de 2011 – *Régimen general de responsabilidad objetiva* –.

1.1.6.1 La entidad fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo – gestor de intereses ajenos y la denominación de propietario instrumental de los bienes fideicomitidos –

La teoría clásica ha ligado el patrimonio a la persona como único ente con aptitud de contraer derechos y obligaciones, de donde surge la tesis según la cual, *no puede haber persona sin patrimonio ni patrimonio sin persona*. De acuerdo con esto, se ha asentado como principio que *el patrimonio es prenda general de los acreedores*, conforme el cual todos los bienes del deudor responden por las deudas que tenga. Como derivación de esta corriente, el derecho de dominio como elemento constitutivo de esta universalidad jurídica conformada por bienes, derechos, cargas y obligaciones, se ha concebido como la capacidad plena de

⁵¹ ARRUBLA PAUCAR. Op.cit., pág. 35 a 44.

usar, gozar y disponer una cosa sin ningún tipo de limitación, en los términos del artículo 669 del Código Civil.

De esta concepción clásica derivan principios como que *el patrimonio está ligado única y exclusivamente a la persona*, quien por su propia condición *no puede carecer del mismo*; y que la persona como titular del mismo, *solo puede tener un patrimonio de suyo indivisible*⁵². Luego, este último principio de indivisibilidad como fundamento de las teorías tradicionales, ha sido rebatido, entre otras, por las teorías modernas del patrimonio, que lo “conciben como universalidad jurídica que se encuentra determinada, no por constituir un atributo de la persona, sino por los fines perseguidos por la persona, es decir, por la afectación de los bienes a un destino jurídico o económico específicos”⁵³.

Estas corrientes de pensamiento con el paso del tiempo y ante cambios sociales, jurídicos, económicos y políticos, han sido reevaluadas, dando lugar a que, en muchas legislaciones como la colombiana, se consagren instituciones jurídicas que rompen con ese paradigma tradicional, de donde surge la posibilidad de que el patrimonio sea dividido, de creación voluntaria, temporal, con limitación en cuanto a los atributos propios sobre el derecho real de dominio de bienes, de afectación específica. Ejemplos que per se [...] “implican que una persona tenga más de un patrimonio, o que una persona pueda desprenderse de parte de su patrimonio en vida, o que el patrimonio se pueda fraccionar, incluso se ha admitido la existencia de patrimonios sin dueños”⁵⁴[...].

⁵² PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 24.

⁵³ SANTIAGO CASTELLAN, Álvaro Camilo, Límites a la Creación Voluntaria de Patrimonios de Afectación para la Salvaguarda de Bienes. Revista de derecho de La Universidad de Montevideo. Pág. 151. <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Gamio-y-Castellana-Limites-a-la-creacion-voluntaria-de-patrimonios-de-afectacion-para-la-salvaguarda-de-bienes.pdf>>

⁵⁴ Ídem.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno del 3 de agosto de 2005, se dijo frente al tema que:

[...] “1. La doctrina clásica considera el patrimonio como uno de los atributos de la personalidad que se haya constituido por la universalidad jurídica compuesta por todos los derechos y obligaciones de carácter pecuniario, ligada ella a una persona natural o jurídica, y predica respecto de él la característica de la unicidad expresada bajo la siguiente fórmula: sólo quienes son personas de alguna de las dos especies indicadas tienen patrimonio, cuanto que a su vez únicamente ellas pueden ser sujetos de derecho; toda persona tiene en abstracto un patrimonio, esto es, sea cual fuere el contenido material y económico, y así no lo haya, lo que dependerá de la dinámica productiva de su titular; y es único cuanto que una persona no puede tener más que un patrimonio, visto éste como el conjunto de elementos activos y pasivos que pertenecen a un mismo sujeto de derecho.” [...] [...] “2. Empero, la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente.” [...] [...] “Esos son los llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inculcable utilidad socio- económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios.” [...] [...] “Dichos patrimonios tienen su génesis en la ley que determina de alguna manera su conformación e identidad, como ocurre en la fiducia mercantil para poder hacer viable que con los bienes fideicomitidos se cumpla una finalidad o destinación determinada en el acto de la constitución de aquélla. Incluso en cuanto a dicha fiducia, que corresponde precisamente al centro del litigio de cuya definición judicial se ocupa ahora la Corte, es el legislador quien le otorga a los bienes que integran el fideicomiso la condición de patrimonio autónomo.” [...] [...] “3. Así, se observa que luego de definirla como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”, según reza el deja claramente dispuesto enseguida, en el artículo 1227, que “los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida; y adelante fija aún más su alcance al disponer en el artículo 1233 que “para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse

separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo" (resalta la Corte)." [...] "Quiere decir lo anterior que dentro de las diferentes teorías que se dan en torno a su naturaleza jurídica, el legislador patrio adhirió a la que trata la fiducia mercantil como constitutiva de un patrimonio autónomo afectado a una específica o determinada destinación, pues su fisonomía legal y la teleología que inspira su presencia en el campo de los negocios no dejan margen de duda para considerarlo como tal; de otra manera no se explica que los bienes fideicomitidos sólo garanticen las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, que una vez son transferidos al fiduciario no se confunden con los propios de éste ni con los provenientes de otros negocios fiduciarios, ni que deben mantenerse separados tanto material y contablemente, como desde el punto de vista jurídico." [...]

El advenimiento de estos nuevos pensamientos y novedosas instituciones jurídicas, de suyo beneficiosas y útiles para la sociedad y la economía, también ha aparejado consigo enormes controversias "por los efectos operativos y por las consecuencias propias de los contenidos patrimoniales derivados del negocio fiduciario⁵⁵". Lo anterior, porque en el mismo aparecen diversos intereses, partes, negocios, normativas, entes reguladores y principios superiores que confluyen en una operación, que no permiten dilucidar una solución única y pacífica a los problemas que se susciten.

La legislación colombiana ha ido a la par de estas nuevas vertientes, tal es el caso del patrimonio autónomo que surge del negocio jurídico de fiducia inmobiliaria descrito en el artículo 1226 del Código de Comercio. Uno de los elementos esenciales de dicho contrato, es la transferencia de bienes desligada del patrimonio del fideicomitente, afectos a un fin específico, de lo cual nace a la vida jurídica el mencionado patrimonio de afectación, cuyo titular con una vocación especial de temporalidad y con atributos restringidos respecto del derecho real de

⁵⁵ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2006023810-001 del 26 de julio de 2006 FIDUCIA MERCANTIL – NEGOCIO FIDUCIARIO – FIDUCIA INMOBILIARIA – PATRIMONIO AUTÓNOMO Concepto 2006023810-001 del 26 de julio de 2006. <<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Jurisprudencia2005/>>

dominio pleno, va a ser la entidad fiduciaria, quien se ha dicho, lleva su personería.

El patrimonio autónomo como derivación del negocio de fiducia comercial, es una de estas instituciones que ha suscitado múltiples controversias, entre otras cosas, por la forma en que fue regulado típicamente, al ser utilizado como instrumento de gestión de variedad de negocios y en múltiples sectores de economía colombiana nacional dadas las ventajas que ofrece y su amplio amoldamiento a las necesidades económico negócias; por sus especiales características, y por entrar en algunos casos, en tensión con derechos superiores reconocidos en nuestra Carta Política, tal como acontece con el derecho de consumo. Como lo describe el Profesor Rodríguez Azuero⁵⁶, es un negocio adaptable a complejas circunstancias, con amplio espacio para la imaginación, que puede considerarse nada en sí, pero que sirve para hacer mucho.

Como notas características de relativo consenso entre los intérpretes, y que no se abordara como temas problemáticos en este capítulo por no encontrar que en estos se halle el foco relevante del problema respecto al ámbito de regulación de la Ley 1480 de 2011, sin desconocer que de ellos pueden derivarse controversias en cuanto a la responsabilidad contractual o extracontractual de la fiduciaria e incluso de índole procesal, se mencionaran los siguientes:

(i) Su surgimiento pende de la transferencia de uno o más bienes de acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio. Sin transferencia de bienes, no puede hablarse de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad específica;

(ii) Se reconoce a dicho patrimonio autónomo capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, así como para ser parte procesal a pesar de

⁵⁶ AZUERO RODRÍGUEZ Op.cit., pág. 136.

carecer de personalidad propia, en los términos del artículo 1234 del Código de Comercio y el artículo 53 del Código General del Proceso;

(iii) Es un patrimonio afecto a una finalidad determinada, lo cual le da la característica de ser instrumental, tal como lo es el negocio jurídico de fiducia como antecedente de su surgimiento, lo que se desprende del ordinal primero del artículo 1234 del Código de Comercio que consagra como deberes del fiduciario, *la realización de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*;

(iv) Existe plena separación patrimonial entre los bienes propios de fiduciario y los bienes transferidos a esta como titular instrumental, tal como lo ordena el artículo 1233 del Código de Comercio;

(v) Los bienes fideicomitidos se excluyen de la garantía general de los acreedores del fiduciario, y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad, en los términos del artículo 1227 del Código de Comercio, lo cual es una ruptura de las tesis clásicas que consideran el patrimonio como prenda general de los acreedores de su titular;

(vi) Están así mismo excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante y del fideicomisario. Sin embargo, se debe aclarar frente a este tópico y respecto del constituyente, que existen diversas cuestiones de suyo problemáticas que por no ser el objeto del presente trabajo no se abordarán, tal es el caso del fraude a la ley en la constitución del patrimonio o las deudas anteriores del fideicomitente;

(vii) Es un patrimonio esencialmente temporal, lo cual deriva de su propia naturaleza como negocio instrumental y de la propia ley. Se ha fijado como causal de extinción en el numeral 3 del artículo 1240 del Código de Comercio, el cumplimiento del plazo máximo señalado en la ley. Por otro

lado, en el artículo 1244 del mismo Código, se establece la prohibición a la fiduciaria de hacerse con la propiedad de los bienes y la obligación de retorno de los mismos al fideicomitente o al beneficiario o tercero en cumplimiento de la finalidad señalada. Lo anterior, refleja su carácter temporal.

Ahora bien, para el tema abordado, resaltamos dos características especiales del negocio de fiducia y del patrimonio autónomo derivado del mismo, que dar lugar para considerar que a la fiduciaria, en el esquema de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, no le son exigibles las disposiciones de la Ley 1480 de 2011: La primera de ellas, es la entidad fiduciaria como gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa como vocero o administrador de ese patrimonio autónomo; y la segunda, el fiduciario como propietario instrumental de los bienes fideicomitados.

Frente a la primer característica señalada - el fiduciario como gestor de intereses ajenos y no propios, quien actúa en calidad de vocero o administrador de un patrimonio de afectación, se debe decir que las concepciones más arraigadas y renuentes a aceptar una vinculación del régimen general de protección al consumidor a la actividad fiduciaria, y que proponen en su tesis la división del marco regulatorio en un proyecto constructivo, radican en el patrimonio autónomo como si se tratara de un ente con personalidad propia, todos los derechos y obligaciones, atribuyendo al fiduciario la calidad de administrador y una labor de simple diligencia, comprometiendo únicamente a dicho patrimonio, y desligándolo de una responsabilidad directa.

En concepto número 2006023810-001 del 26 de julio de 2006, la Superintendencia Financiera de Colombia sostuvo que:

[...] En los patrimonios autónomos se radican todos los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados del acto constitutivo y, el fiduciario es un

administrador del patrimonio autónomo y cuando actúa lo hace como tal, independientemente de que se considere que actúa como representante o por cuenta del fideicomiso. En la medida en que sea el patrimonio autónomo el que va a desarrollar el proyecto inmobiliario, se tiene que los requisitos normativos deben ser cumplidos por éste, independientemente que sea la fiduciaria como vocera del mismo la que adelante los trámites de cumplimiento en el contrato. [...] [...] En otras palabras, es en calidad de vocero de cada patrimonio autónomo que el Fiduciario celebra y ejecuta todos los actos requeridos para cumplir la finalidad pactada o contemplada en el contrato de fiducia mercantil que le da nacimiento al patrimonio autónomo. A título de ejemplo, en los contratos de fiducia inmobiliaria corresponderá a la fiduciaria, si así se previó en el contrato, adelantar los trámites que sean necesarios para obtener permiso para desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda. En ese orden de ideas, en la medida en que sea el patrimonio autónomo el que va a desarrollar el proyecto inmobiliario, se tiene que los requisitos de que trata la Ley 66 de 1968, el Decreto Ley 2610 de 1979, el Decreto 78 de 1987 y el Decreto 1988, deben ser cumplidos por éste, independientemente que sea la fiduciaria como vocera del mismo la que adelante los trámites correspondientes para dar cumplimiento a la finalidad establecida en el contrato de fiducia mercantil que dio origen al mismo, pues la Fiduciaria actúa acá simplemente como su vocera. [...]

La Corte Suprema de Justicia frente al actuar de la entidad fiduciaria como gestor o vocero de dicho patrimonio, también ha diferenciado la responsabilidad cuando se trata de su actuar propio y cuando lo hace en virtud del encargo, atribuyéndole una responsabilidad directa sólo en casos de extralimitación, culpa o dolo, o cuando no revela la calidad en que actúa. Se sostiene que la fiduciaria responderá en nombre propio, si sus actuaciones como sociedad generaron el perjuicio, o en calidad de vocera del patrimonio autónomo, cuando el daño proviene de los bienes que constituyen el fideicomiso o de la gestión del objetivo señalado en el contrato. En sentencia del veinticuatro de febrero del año dos mil catorce, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, con radicado: 2007 227, citando al Profesor Ernesto Rengifo García, la Corte sostuvo que:

[...] En consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, sin perjuicio, claro está, de que eventualmente pueda ser demandado directamente por situaciones en que se le sinde de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de

los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo [...]

Para ahondar en complejidad en la relación fiduciaria - adquirente final de la unidad inmobiliaria, quien es considerado un consumidor medio, es decir, una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio, y que interpreta los contenidos de forma natural como el común de las personas, se dice que [...] el fiduciario puede actuar en nombre de su patrimonio, en nombre del patrimonio autónomo del cual es titular, y como sustituto o intermediario del fideicomitente [...] siendo lo normal que no contrate en nombre del fiduciante [...] sino en nombre del patrimonio autónomo del cual es titular [...] y que el mismo deberá [...] notificarle a los terceros que con el contratan que está actuando en nombre del patrimonio autónomo porque de lo contrario, podría comprometer su responsabilidad patrimonial en la medida en que genera en terceros la creencia seria de que compromete o contrata en nombre propio⁵⁷ [...].

En suma, esta calidad de vocero, gestor o para otros, representante del patrimonio autónomo, pareciera un blindaje jurídico de cara a la responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a los derechos del Consumidor Inmobiliario, pues su actuar se irradiará hacia este patrimonio y no ante sí, sumado a que su responsabilidad, en voces del artículo 1243 del Código de Comercio, se reduce a la culpa leve o incluso menor en atención a la autonomía de las partes vertida en el acto constitutivo.

Esta problemática se ha suscitado en diversas controversias judiciales, encontrando disímiles soluciones y posiciones. Para ilustrar el tema, se trae a colación un debate ventilado en proceso con número de radicado 2005-00195,

⁵⁷ RENGIFO GARCÍA. Op.cit., pág. 73

resuelto finalmente por el Consejo de Estado – Sección Quinta - Magistrado Ponente Rocío Araújo Oñate mediante sentencia del primero de marzo del año dos mil dieciocho, demandante Fiducolombia S.A, Demandado: Departamento Técnico Administrativo Del Medio Ambiente. Lo interesante del debate frente a la problemática que se propone, además del objeto central de discusión que lo constituye la responsabilidad directa de la fiduciaria por su actuar en calidad de enajenante de un conjunto residencial, es la disparidad de criterios en torno al tema. En síntesis, el caso fue el siguiente:

La sociedad Fiducolombia S.A., se constituye en fiduciaria del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Santa Sofía, cuyo objeto era la administración de un desarrollo inmobiliario, teniendo dentro de sus funciones la transferencia de bienes al consumidor final, sin que la misma fuera responsable por la terminación, calidad, precio, cumplimiento y demás de la obra. Como nota relevante, se expone en los hechos de la demanda que la Fiduciaria y el Fideicomitente, suscribieron contrato de obra por administración delegada, pero consignando que la Fiduciaria actuaba única y exclusivamente en nombre del patrimonio autónomo. Se ventila en el proceso que la entidad demandada como ente de inspección, vigilancia y control de la actividad constructiva en el distrito Capital, otorgó a Fiducolombia “permiso de venta como titular para anunciar y desarrollar la actividad de enajenación de unidades de vivienda del proyecto de urbanización Santa Sofía I. Conforme lo anterior, y dadas las deficiencias de las unidades inmobiliarias y diversas quejas, se impone a la Fiduciaria, mediante acto administrativo, multa de sanción, atribuyéndole una responsabilidad directa, por ser el titular del registro de enajenador y ser frente a terceros quien actuó con tal calidad.

Se observa en un solo caso, posiciones interpretativas encontradas frente a la responsabilidad directa de la fiduciaria o del patrimonio autónomo irradiadas por el actuar de su vocero. La entidad demandada endilga una responsabilidad directa, aludiendo a que independiente de la propiedad formal o su actuar como vocero, lo cierto es que fue a Fiducolombia S.A., a quien se le había otorgado el permiso para anunciar y desarrollar la calidad de enajenador, quien ejecuta dicho permiso ante terceros en tal calidad. Por su parte, Fiducolombia niega tal calidad, oponiéndose a que se le atribuya una responsabilidad directa, pues en su criterio, “debe entenderse que el patrimonio autónomo no es la fiduciaria ni a la inversa, dado que ésta es la vocera de esa universalidad jurídica fuente de derechos y obligaciones, por ende, la responsabilidad que puede endilgársele al patrimonio autónomo es única, independiente de la que el fiduciario pueda tener respecto de su gestión frente al fideicomitente y/o beneficiario”. En sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del siete de mayo de dos mil doce, la mencionada Corporación Judicial sostiene que es la Fiduciaria en calidad de enajenador, quien tiene una responsabilidad directa frente a las deficiencias constructivas y no el patrimonio del cual es su vocero. Expone el Tribunal que:

[...] la Subdirección de Control de Vivienda – DAMA, sancionó a la actora en cumplimiento de sus labores de control y vigilancia atribuidas por la ley, al establecerse el incumplimiento de las normas que reglamentan la enajenación de los inmuebles destinados a vivienda en los procesos de urbanismo. Lo anterior, por cuenta de irregularidades en la construcción adelantada en el proyecto Santa Sofía I Etapa de la Ciudad de Bogotá, situación por la cual encontró que la accionada era competente para proferir las resoluciones demandadas.[...] frente a la responsabilidad de la actora por la amenaza de ruina de la urbanización Santa Sofía I etapa, se probó que se le había concedido a FIDUCOLOMBIA permiso para “anunciar y desarrollar la actividad de enajenación de... (168) apartamentos del proyecto”¹⁷, situación por la cual se hizo objeto de control y vigilancia por parte del accionado como enajenadora del mencionado proyecto. [...] al haberse probado que los inmuebles que hacen parte de la urbanización en comento, presentan deficiencias constructivas, el ente accionado sancionó a la fiduciaria por ser la responsable de las irregularidades presentadas en el proyecto, al realizar la actividad de enajenación de los inmuebles destinados a vivienda de la mencionada Urbanización, dando cumplimiento a lo determinado por el Decreto Ley 078 de 1987 artículo 2, numeral 7. [...] la sanción se le impuso a la actora por

ser esta quien obtuvo registro para el desarrollo de la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda quedando sujeta a la inspección, vigilancia y control de la accionada, razón por la que no se “desconfiguró” el concepto de fiducia al expedir la resolución sancionatoria, pues como ya se indicó, la demandante fue la que se sometió a la normativa aplicable a los enajenadores de inmuebles de vivienda y, por ende, a la posible imposición de la respectiva sanción. [...] “la fiduciaria tiene la obligación de elegir y vigilar adecuadamente a los contratistas de la fiducia, lo cual lo hace en mayor o menor grado, mediante su participación activa en todo momento, por lo que, si en esto ocurren fallas, sus deberes la hacen responsable”. [...]

Finalmente, el debate es decidido por el Consejo de Estado, quien considera que:

[...] Ahora bien, advierte la Sala que el estudio del negocio jurídico de la fiducia mercantil supone, como sucede a menudo con diferentes asuntos en el derecho, un espectro muy amplio de materias sujetas a debate, análisis y explicación. Sin embargo, dado el sentido del debate causado por el demandante en este caso, considera la Sala que el análisis de rigor en este caso debe centrarse y referir al menos de manera sucinta a dos aspectos específicos, a saber: i) el principio de separación patrimonial entre los patrimonios autónomos y la sociedad que los administra y ii) determinar **quién lleva la personería para la protección y defensa de dicho patrimonio**. [...] En este sentido, vale la pena señalar que para que la separación patrimonial no se vea afectada, es necesario que la condición del fiduciario la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, pues de lo contrario puede llegar a comprometer su patrimonio personal; de manera que corresponde al fiduciario en la realización de los actos que le competen como tal, dejar ver la condición en que actúa, conservando el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición, así como de separar los diferentes patrimonios autónomos a su cargo, entre unos y otros. [...] 2.3.1.2 En segundo lugar, en cuanto concierne a definir **quién lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos**, resulta muy importante señalar que a los patrimonios autónomos no se les ha conferido personalidad jurídica y, sin perjuicio de ello, su presencia da lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho que si bien pueden transcurrir pacíficamente, también pueden ser objeto de controversias o inclusive litigios que conllevan a que estos sean llamados, aun en ausencia de personería jurídica, a defender sus intereses. [...] En ese sentido, se ha dejado claro por la Jurisprudencia⁴⁴ que es el fiduciario la persona a cargo del patrimonio autónomo y sin perjuicio del principio de separación patrimonial, ya que no puede deducirse algo diferente de otras normas mercantiles y en particular de la que señala los deberes indelegables del fiduciario enlistados en el artículo 1234 del C. de Co., entre los cuales se hallan aquellos que le imponen “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” y la de “llevar la personería para la

protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente", normas que indican claramente que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija. [...] 2.3.1.3 Bajo el marco expuesto, podemos concluir que i) **los bienes que recibe el fiduciario a ese título no se integran a su propio patrimonio y únicamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, obrando la separación entre tales patrimonios y los provenientes de otros negocios fiduciarios, sin perjuicio que obre causal válida que le obligue en nombre propio o haga responder directamente al ente fiduciario⁴⁷**, y ii) **aunque el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, quien lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos es el fiduciario.** [...] Así mismo, se recuerda que cuando el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo, como lo sería la enajenación de los inmuebles⁶², las obligaciones con terceros en el proceso quedan directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, ello "sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes"⁶³. [...] En este sentido, es muy importante reiterar, que las facultades del DAMA que dieron lugar a los actos administrativos en este caso, refieren únicamente al control ejercido sobre el **enajenante⁶⁴**, por lo que es evidente que la presente decisión no puede ser confundida ni asumida como una regla general de exención de responsabilidad de FIDUCOLOMBIA en otros ámbitos o frente a otras autoridades en relación con los hechos que fueron materia de investigación, ni tampoco como un indicador en la definición de otros trámites administrativos o judiciales en los que se debata la responsabilidad de los involucrados y/o posibles responsables, incluida la entidad demandante, por estos mismos hechos, bien sea como vocera del patrimonio o a nombre propio, en caso de presentarse causales de hecho y de derecho que permitan imputarle responsabilidad de manera directa. [...] Lo anterior significa, que conforme a las pruebas que obran en el expediente correspondía en el trámite administrativo que llevó a la expedición de los actos demandados en el caso en concreto, vincular a FIDUCOLOMBIA, como enajenante, pero en su condición de **vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía.** [...]

Por otro lado, ligada a la connotación de la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, con los aparentes efectos que conlleva, está la característica especial del derecho de propiedad que detenta dicha entidad, el cual se ha considerado como *formal, tenue, especial o restringido*, e incluso escindida en una propiedad formal y una beneficiosa en cabeza del beneficiario⁵⁸. Lo anterior derivará en la

⁵⁸ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2000020332-2 del 14 de Julio del año 2.000.

consideración de que dichos bienes transferidos, y de contera lo que se haga con los mismos, será responsabilidad del fideicomitente, del beneficiario, o del propio patrimonio de afectación. De allí que también se estructure la separación de patrimonios como prenda general de las acreencias derivadas de la gestión, pues los bienes fideicomitidos estarán comprometidos por las gestiones propias del contrato de fiducia, mientras que los bienes propios de la fiduciaria, estarán ligados a sus actos propios, o a su actuar con dolo o culpa en el cumplimiento de sus compromisos.

Frente a la característica especial del derecho real de dominio que detenta la fiduciaria, en sentencia antes citada del veinticuatro de febrero del año dos mil catorce, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, con radicado: 2007 227, citando al Profesor Ernesto Rengifo García, la Corte sostuvo que:

[...]3.2.2. La naturaleza de la propiedad fiduciaria evidencia, sin duda, que el profesional que asume esa función adquiere la calidad de titular y propietario formal de los bienes transferidos, pero adquiere un dominio limitado, pues no tiene la libertad de disponer a su arbitrio de los mismos; y su ejercicio está condicionado al cumplimiento del encargo (art. 793 y ss.). [...] en el desarrollo de la dinámica propia de la actividad fiduciaria, la empresa que cumple tales funciones tiene un patrimonio propio diferente al autónomo constituido en virtud del contrato fiduciario. El mismo puede resultar comprometido en ejercicio de su objeto social; por ejemplo, como consecuencia de sus propias obligaciones, vr. gr., reclamos de sus empleados, etc; también, cuando desborda los contratos celebrados y genera daños a los constituyentes, debiendo responder por ese derecho de crédito que nace en favor de los perjudicados; igualmente, cuando dilapida o deja deteriorar o perder los bienes recibidos. De otra parte, el patrimonio autónomo puede resultar comprometido cuando ejecuta actos concernientes con el cumplimiento del objetivo de la fiducia, que variarán dependiendo la clase o naturaleza de la fiducia constituida: de garantía, de construcción, inmobiliaria, etc. [...] Por supuesto, no puede pasarse por alto que los únicos compromisos que a la fiduciaria le es dable asumir como vocera de los bienes fideicomitidos, son aquellos derivados del ejercicio o el cumplimiento de los propósitos para los cuales fue constituida la fiducia. [...] En esa dirección, no hay, entonces, posibilidad de fusionar o entremezclar los patrimonios (entendido a plenitud como los activos y pasivos de una persona), de uno cualquiera de los contratantes. Siguiendo esa orientación, dada la separación existente, a la fiduciaria le corresponderá enfrentar, con sus propios recursos, las consecuencias derivadas de aquellas conductas dañinas realizadas respecto a su condición de empresa y, lo mismo en lo que hace al

patrimonio autónomo, que sobrevendrán las que atañan a su objetivo, es decir, para lo que fue constituido. [...]

En esta dirección, no se hace fácil distinguir cuáles son las actuaciones que despliega la fiduciaria en su condición de empresa; o cuales corresponden al fin del negocio que impactan solamente el patrimonio autónomo; o si los mismos hacen parte de la gestión propia derivada de la ley en cabeza de la fiduciaria, y de contera, en este último caso, si el incumplimiento o la insuficiencia de la gestión se reflejan en cabeza de la fiduciaria y su patrimonio, o en la del patrimonio que administra. En la sentencia precitada puede apreciarse esta confluencia de responsabilidades en torno a la actuación dentro del proceso, cuando se dice que:

[...] 'el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar expresamente facultado para ello, *si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de exlimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes*' [...] Mas para que así ocurra y no entre el fiduciario a responder por el acto propio, es menester que la condición de tal la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, desde luego que si no obra de ese modo puede llegar a comprometer su patrimonio personal; es a él, entonces, a quien en la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del C. Co. [...] Siendo así las cosas, la sociedad demandada no podía serlo a partir de su propia conducta, en cuanto que la calidad de propietaria del predio, iterae, la ostenta, ciertamente, pero no porque el bien haga parte de su dominio de manera plena, sino formal, como profesional en asuntos de fiducia, encargada de cumplir un objetivo especial, para lo cual recibió el inmueble. Por consiguiente, resulta incontestable que la única forma en que podía habersele vinculado, por resultar afectado uno o varios de los elementos transferidos bajo esa modalidad, debió ser, entonces, bajo la condición de vocera del mismo, para luego de ello si entrar a

definir el fondo del litigio atinente a si existía o no responsabilidad por los daños causados a los demandantes por los titulares de esa propiedad. [...]

Luego entonces en el plano sustancial y de responsabilidad de la fiduciaria frente al consumidor inmobiliario por los deberes de información y publicidad, protección contractual y garantía, existirá siempre un ámbito problemático que se deriva de estas dos especiales características, pues podría sostenerse que las consecuencias de la actuación se irradiarán hacia el patrimonio sujeto de derechos y obligaciones, cuyo respaldo como prenda de garantía serían los bienes fideicomitidos, al tratarse de una gestión propia del encargo en cabeza de la fiduciaria.

Al margen de lo anterior se dan respuestas para este criterio más ajustadas a la finalidad de la fiducia en el marco de un proceso de desarrollo inmobiliario, tal como se analiza en sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil del veintitrés de julio del año dos mil nueve, Magistrado Ponente William Namén Vargas, en la que se concluye que:

[...] Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico. Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados. En suma, como tuvo oportunidad de precisarlo en época pretérita la Corte, las características y peculiaridades de la fiducia mercantil y, en particular, la conformación del patrimonio autónomo, la escisión patrimonial y la personalidad jurídica del fiduciario, no excluyen en determinadas hipótesis su responsabilidad personal, tal como lo consideró el tribunal al imponerla a la demandada recurrente por su conducta lesiva de los derechos de la demandante al rehusarse a devolverle los dineros entregados en parte del precio si el proyecto se frustraba, no obstante, comprometerse y encontrarse autorizada expresa e irrevocablemente

por la fideicomitente promitente vendedora en el contrato de promesa y en el contrato de fiducia, por un acto inherente a su gestión, pues con tal conducta se apartó de las instrucciones impartidas al respecto. [...]

No se desconoce que la fiduciaria actúa en calidad de vocera y como gestora de intereses ajenos, y que detenta una propiedad especial afecta a una finalidad específica y por tanto de carácter limitado. Lo que sí no se comparte, es el alcance que se pueda dar a dichas características, tal como se expuso en líneas anteriores, pues esto sería un análisis parcial de la normativa que regula este amplio y complejo fenómeno contractual que de suyo impacta múltiples intereses, en donde algunos, como lo son los del consumidor inmobiliario, tienen una connotación constitucional. Como se verá en capítulos subsiguientes, frente a dicho fenómeno negocial, a más de no poder fijarse reglas generales infranqueables o pétreas, deben integrarse de forma armónica normativas que confluyen en el mismo, y todo ello, a la luz de los principios superiores de la Carta, y entendiendo que, en el marco constitucional colombiano, deben abandonarse rancios esquemas forjados en orientaciones individualistas.

1.1.6.2 La obligación de medio en cabeza de la entidad fiduciaria frente al régimen de responsabilidad de la Ley 1480 de 2011 – régimen general de responsabilidad objetiva –

Otro de los tópicos inmersos en la normativa que disciplina el sector financiero y que genera controversia en torno al tema propuesto, es la llamada obligación de medio y de contera, el régimen de responsabilidad subjetiva en cabeza de las entidades fiduciarias, pues lleva consigo una aparente oposición frente al régimen de responsabilidad objetiva sobre el cual, en términos generales, se edifica la Ley 1480 de 2011.

El artículo 29 del Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –establece como prohibición general a las entidades fiduciarias, la asunción por estas obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley. De esta forma, se ha dicho que la capacidad de las sociedades fiduciarias que deriva de su objeto social conforme el artículo 99 del Código de Comercio, está circunscrita a la realización de los negocios a que alude el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por ser un objeto eminentemente reglado, y en tanto asuman vínculos jurídicos de resultado, existirá una falta de capacidad para actuar, o incluso en un acto contrario a la ley que derivaría en objeto ilícito.

Se sostiene entonces que la fiduciaria está obligada a actuar de forma diligente y prudente con miras a que se cumpla con la finalidad e instrucciones dadas por el fideicomitente en el acto constitutivo, en representación del patrimonio autónomo y como propietaria instrumental de los bienes fideicomitidos. En esta gestión, se precisa que su responsabilidad es subjetiva bajo las denominadas obligaciones de medio, respondiendo solo hasta la culpa leve tal como lo establece el artículo 1243 del Código de Comercio.

Frente a lo dicho, podemos citar diversos conceptos de la Superintendencia Financiera que precisan lo siguiente:

Concepto N° 97010911-2. enero 9 de 1998:

[...] Empero, a esta altura del análisis surge un problema jurídico por resolver, cual es el de determinar si las obligaciones que adquirirían las sociedades fiduciarias en los contratos que celebran para la operación de las reservas del Instituto de Seguros Sociales, son de medio o de resultado. Pues bien, al respecto el artículo 151-5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sobre el alcance de las obligaciones del fiduciario, reza lo siguiente: "Dentro de los contratos mediante los cuales se vinculen a los constituyentes o adherentes con los fondos o proyectos específicos de inversión deberá destacarse la circunstancia de que las obligaciones que asume el fiduciario tienen el carácter de obligaciones de medio y no de resultado. En consecuencia, las sociedades fiduciarias se abstendrán de

garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para los recursos recibidos, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos". A dicha prohibición especialmente dirigida a la fiducia de inversión se antepone una de alcance general que por lo mismo cobija cualquier negocio fiduciario, pero que señala como excepción una manifestación expresa de la ley en tal sentido. Así lo estatuye el artículo 29-3 del referido Estatuto, cuando consagra que "los encargos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley". Como puede observarse del precepto inmediatamente transcrito, la prohibición según la cual, las sociedades fiduciarias sólo pueden contraer obligaciones de medio y no de resultado, no es absoluta. En efecto, al decir la norma que la negación en comento puede no ser aplicable cuando la ley así lo prevea, no hace otra cosa que permitir que las Sociedades fiduciarias adquieran obligaciones de resultado por facultad o mandato expreso del legislador, en casos especialmente definidos y regulados por el mismo. [...]

Concepto No. 2003017321-1 mayo 14 de 2003:

[...] 2. Conforme a lo expuesto se observa que el objeto social de las sociedades fiduciarias es reglado en la medida en que solo pueden adelantar aquellas actividades que la ley expresamente autoriza, entre las cuales se encuentra, entre otras, la de celebrar contratos de fiducia mercantil en los términos del Código de Comercio y los encargos fiduciarios. Precisamente el contrato de fiducia mercantil implica, como aspecto esencial, la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de una finalidad determinada (al parecer, en este caso, la administración y construcción de unidades inmobiliarias) y comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario sujeto a dicha finalidad. [...] Así las cosas, resulta claro que la fiduciaria está obligada a actuar en forma diligente y prudente buscando siempre cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo siendo preciso para alcanzar dicho objetivo el observar los deberes indelegables⁶ que le imponen tanto la ley como el contrato fiduciario, gestión que debe corresponder a la requerida a todo profesional con ocasión de la administración de negocios ajenos respondiendo hasta de la culpa leve⁷ en el cumplimiento de la misma, según lo establece el artículo 1243 del Código de Comercio. [...]

Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008:

[...] No obstante lo anterior, de modo general podemos decir que en los negocios de fiducia inmobiliaria las fiduciarias usualmente, de manera exclusiva o complementaria con otras obligaciones, tienen la de administrar los recursos de los clientes (para lo cual los invierten según lo señalado en el contrato) y de realizar las demás gestiones que se le encomienden para lograr la finalidad del contrato

(dependiendo de esa finalidad y de lo señalado en el contrato variarán las obligaciones de la fiduciaria). De esta forma, existe la seguridad de que los recursos son administrados por un profesional. [...] Ahora bien, en el caso de los recursos recaudados en la etapa de preventas, la fiduciaria tiene por regla general la obligación de invertirlos y entregarlos al constructor sólo una vez verificadas las condiciones señaladas en el contrato, para evitar que sean utilizados por éste antes de que se cumplan tales condiciones. [...] En este punto es pertinente señalar que las sociedades fiduciarias sólo responden por obligaciones de medio, entendiéndose por ellas, las que no garantizan la consecución de un resultado concreto. Sin perjuicio de lo anterior deben emplear la suficiente diligencia con miras a obtener la finalidad del negocio encomendado. En consecuencia, las obligaciones que contrae la sociedad fiduciaria en los contratos de administración de preventas inmobiliarias no implican la garantía del cumplimiento de un fin específico, pero sí el deber de actuar con el mayor grado de diligencia en su gestión y, en particular, en la administración de los recursos, por lo que responderá hasta la culpa leve. [...]

Si bien la Superintendencia Financiera frente al carácter de las obligaciones asumidas por las entidades fiduciarias, ha reconocido en ciertos casos que a estas también le son exigibles vínculos jurídicos de resultado, lo cierto es que se considera algo excepcional, y se podría decir que lo circunscribe a los casos expresamente autorizados por la ley.

El punto neurálgico frente al tema no termina por la calificación de la obligación, sino en la graduación de la culpa, pues el artículo 1604 del Código de Comercio parte de una culpa leve que puede atenuarse conforme los pactos privados entre constituyente y fiduciaria. De esta forma, la responsabilidad frente al consumidor pendería de una obligación subjetiva bajo la denominada obligación de medio, con una gestión de diligencia leve o grave, por lo cual el fiduciario en caso de un incumplimiento, se exoneraría simplemente demostrando diligencia y cuidado, consideración de la cual nos apartamos. Si bien esta discusión será abordada más adelante, vale la pena citar en este acápite lo dicho por el Profesor RENGIFO GARCÍA frente al tema:

[...] De todos modos, desde el punto de vista político la prohibición podría mirarse como un favorecimiento gremial en favor de las sociedades fiduciarias para privilegiarlas en cierta medida frente a posibles malos manejos o actos imprudentes o negligentes en el desarrollo de la actividad a ellas encomendada (efectos jurídicos relacionados con la carga de la prueba que es fundamental). Cuando se recurre a un sustituto negocial como lo es el fiduciario, ello se hace, entre otras razones, por su prestigio, honorabilidad, experiencia, conocimiento del mercado, y mal le quedaría a un ente fiduciario, vigilado por el estado, en orden a soslayar posibles responsabilidades en encargos de resultado o de ejecución de una obra, argumentar que la ejecución del contrato no se pudo llevar a cabo y que no asume ninguna responsabilidad por cuanto por ley especial sus obligaciones son de medio y no de resultado. Esto nos lleva a pensar que la regla sobre la prohibición de asunción de obligaciones de resultado por parte de fiduciario escaso favor le presta al desarrollo del negocio y, antes por el contrario, genera recelo, prevención por parte de potenciales usuarios del sistema, y está produciendo cierto grado de desgano en la ejecución de encargos, como se observa en particular en fiducias de construcción y en fiducias en garantía⁵⁹ [...]

En contraposición, se encuentra el régimen de responsabilidad sobre el cual se cimienta el Estatuto General de Protección al Consumidor contenido en la Ley 1480 de 2011. El derecho de consumo ha irrumpido en la concepción dualista clásica de la responsabilidad civil, que circunscribía en el contrato o en un hecho dañino extracontractual, la fuente obligacional. Si bien antes de la Constitución de 1991 existía un régimen de protección al consumidor, solo en esta se consagra como derecho constitucional dándole una dimensión social y colectiva, de donde la fuente obligacional no derivará del contrato o del hecho culposos, sino de la propia constitución.

Como se mencionó en la introducción al presente trabajo, desde la consagración constitucional del derecho de consumo en el año 1991, se ha presentado un gran avance legal, jurisprudencial y doctrinal en la materia. La expedición de la Ley 1480 de 2011 se ha convertido en un instrumento valioso de protección del consumidor y de contera del derecho fundamental de vivienda digna. El Decreto 3466 de 1982 circunscribía única y exclusivamente en el productor o proveedor el régimen de obligaciones consagrado en el mismo, mientras que el estatuto actual,

⁵⁹ RENGIFO GARCÍA. Op.cit., pág. 162, 163

integra a los demás intervinientes en la relación, tal como acontece con las entidades fiduciarias. Frente al régimen de responsabilidad, el mencionado estatuto avanza en darle una connotación especial de carácter objetiva y solidaria, salvo algunos casos que de forma taxativa se consagran, tal es el caso de la responsabilidad por prestación de servicios que suponen la entrega de un bien y que, dada la naturaleza del servicio, la obligación es de medio.

La responsabilidad objetiva deriva directamente del artículo 78 de la Carta Política que establece que “(...) *Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (...)*”. Entonces, su desarrollo legal va a estar contenido en los múltiples artículos que disciplinan los derechos del consumidor en la Ley 1480 de 2011, de donde bastará con que se cause el perjuicio, se impute un nexo causal entre el hecho y el daño, para de esta forma derivar responsabilidad, de la cual solo se podrá predicar exoneración de probarse una de las causas extrañas consagradas para cada caso.

En materia sustancial, se afirma que la Ley 1480 de 2011 se cimienta en tres pilares básicos a saber: (i) La garantía de calidad, idoneidad y seguridad; (ii) la información y publicidad; y (iii) la protección contractual del consumidor. Frente al primero de ellos, se dispone que para establecer responsabilidad al productor o proveedor por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará al consumidor demostrar el defecto del producto (Art. 10 Inicio segundo), y que probado este, solo podrán aducirse como causales de exoneración de responsabilidad: la fuerza mayor, el hecho de un tercero, el uso indebido del bien, o la desatención de las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento; con una carga adicional y es la demostración del nexo entre las causales aducidas y el defecto del bien (Art. 16).

Respecto de la seguridad, se establece que, para la determinación de responsabilidad por daños por producto defectuoso, al consumidor le bastará con demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel, pudiendo incluso presumirse en caso de violación de una medida sanitaria o fitosanitaria o un reglamento técnico (Art. 21). Luego solo son admisibles como causas de exoneración: la fuerza mayor o caso fortuito, la culpa exclusiva del afectado, el hecho de un tercero, la no puesta en circulación del producto, un defecto consecuencia directa del cumplimiento de órdenes imperativas existentes, o cuando el estado de los conocimientos científicos y técnicos no hubiese podido descubrir la existencia del defecto (Art. 22).

Las reglas referentes a la información y publicidad contenidas en el Estatuto General de Protección al Consumidor no difieren del régimen de responsabilidad objetiva. Las disposiciones en cuanto a información, parten de una cualificación especial de la misma en cabeza del productor, proveedor o quien la suministra, estableciendo que la misma debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea (Art. 23). Adicional a ello, también se dispone de una información mínima de responsabilidad del productor y otra del proveedor (Art. 24). De igual forma, la misma disposición plantea que en caso de violación de las normas sobre información, el productor o proveedor sólo podrán exonerarse si demuestran fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiere podido evitar la adulteración o suplantación (Parágrafo Art. 24). Respecto a la publicidad, se dice que la misma es vinculante en cuanto a las condiciones objetivas y específicas anunciadas (Art. 29), y que queda prohibida la publicidad engañosa, haciendo responsable al anunciante e incluso al medio de comunicación en caso de dolo y culpa grave (Art. 30). Ahora bien, en caso de incumplimiento en las condiciones en que se publicite un producto o servicio, el Estatuto prevé que solo son admisibles como causales de exoneración: la fuerza

mayor, el caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación (Art. 32).

Frente a la protección contractual regulada en el Título VII de la Ley 1480 de 2011, diversas reglas reflejan el enfoque del estatuto en cuanto a un marco protector basado en un régimen de responsabilidad objetiva a saber: un principio de favorabilidad e interpretación más favorable en pro del consumidor (Art. 34); los requisitos mínimos para los contratos de adhesión y la ineficacia como consecuencia de su incumplimiento (Art. 37); la prohibición de modificaciones unilaterales (Art. 38) y la regla general de prohibición de cláusulas abusivas que produzcan un desequilibrio injustificado al consumidor (Art. 42); El derecho de retracto para las ventas mediante servicios de financiación, tiempos compartidos o la utilización de métodos no tradicionales (Art. 47), así como la protección de consumidor de comercio electrónico (Art. 49) y el derecho de reversión a que tienen derecho los consumidores al adquirir bienes y servicio mediante dichos sistemas informáticos (Art. 51).

En materia adjetiva, se consagran diversas disposiciones proteccionistas para el consumidor y gravosas para el productor o proveedor en el marco de la acción de protección al consumidor, desde indicios graves (Art.58 Literal f), hasta sanciones en caso de existir un fallo favorable al consumidor que van desde multas hasta cierres temporales en caso de incumplimiento a las órdenes impartidas (Art. 58 numerales 10 y 11).

Por último, en materia administrativa, además de las ordenes que puede impartir la Superintendencia de Industria y Comercio consignadas en un listado amplio (Art. 59), sobre las cuales se destaca la posibilidad de establecer “*cualquier medida que considere necesaria para evitar que se cause daño o perjuicio al consumidor*”, también existe la competencia para imponer sanciones sumamente

gravosas que comprenden multas, destrucción de producto, suspensión de la comercialización, cierre de establecimientos, las cuales no solo cobijan al productor o proveedor sino a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales que hayan autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la Ley 1480 de 2011 (Art. 61).

1.1.6.3 El problema que se plantea frente a los aspectos inmersos en las normas que confluyen en la operación económica.

Conforme los aspectos descritos, la responsabilidad de las entidades fiduciarias que participan en proyectos inmobiliarios en Colombia, se estructura por un sector de la jurisprudencia y la doctrina como una responsabilidad de medio con culpa probada e indirecta, la cual podría hacerse efectiva sólo con los bienes fideicomitidos en cabeza del patrimonio autónomo y no con el patrimonio propio del fiduciario. Este arraigo hermenéutico se estructura bajo las normas que regulan el contrato de fiducia mercantil en el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993 artículo 29.3 que establece: *“Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”*⁶⁰. Bajo este juicio interpretativo, las obligaciones de efectividad de garantía, de información y publicidad, y de protección contractual frente al consumidor, son ajenas a la entidad fiduciaria, o a lo sumo, se encuadran erróneamente como obligaciones de medio. Lo anterior, en cuanto a que la misma se ha considerado propietario instrumental y no un titular pleno y absoluto del derecho real de

⁶⁰ Circular Básica Contable y Financiera y remisión de información (C.E 100 de 1995); Circular Básica Jurídica (C.E. 029 de 2014); Ley 795 de 2002, Decreto 847 de 1993; y las normas que particularmente regulan dicho negocio jurídico consagradas en el Libro Cuarto Título XI del Código de Comercio.

dominio de los bienes fideicomitidos⁶¹. De esta forma, la delimitación de responsabilidad, o el indebido encuadramiento en obligaciones de medio cuando deben ser por naturaleza de resultado, además de implicar una generalizada desconfianza del público en el sistema financiero, deja desprovisto al consumidor de una protección integral en cuanto al interés que persigue.

Entonces, el planteamiento a partir de los ejes axiales que se abordará en el Capítulo Tercero, si bien no parte del desconocimiento de las anteriores características, sí se aparta del alcance que se les ha dado, y en este sentido, se propone abordar y sustentar la afirmación según la cual, a partir de la promulgación de la Ley 1480 de 2011, ha habido un impacto en el régimen obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las llamadas “*Fiducias Completas*” en desarrollos inmobiliarios, puntualmente en lo que concierne a información y publicidad, garantías y protección contractual, respondiendo a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad por la información y publicidad, garantías y protección contractual reguladas en la Ley 1480 de 2011 de las entidades fiduciarias vinculadas a un proyecto inmobiliario en las llamadas “*Fiducias Completas*”?.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: casación No. 0293.

2. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS EN LOS DESARROLLOS INMOBILIARIOS POR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LA LEY 1480 DE 2011

- REFERENCIA JURISPRUDENCIAL, DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE LAS SUPERINTENDENCIAS FINANCIERA Y DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y DERECHO COMPARADO -

2.1 EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS VINCULADAS A UN DESARROLLO INMOBILIARIO

2.1.1 Posición asumida en la Jurisprudencia Colombiana.

La jurisprudencia de las altas cortes colombianas no enseña una ruta que al unísono, demarque un derrotero en torno a cómo el Estatuto General de Protección del Consumidor se imbrica en todo ese plexo normativo y contractual que regula la actividad fiduciaria, y que fije reglas claras acerca de la responsabilidad directa frente al consumidor en el marco de un desarrollo inmobiliario. De hecho, no se encuentra un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, en el que se decida un conflicto donde los sujetos procesales sean un consumidor inmobiliario y una entidad fiduciaria llamada a responder directamente como parte pasiva y, cuyos cargos, se cimienten en la aplicación e incumplimiento de la Ley 1480 de 2011, lo que de suyo dificulta la tarea interpretativa frente al tema.

Quizá se haya desaprovechado una oportunidad importante para fijar un criterio ante un tema con tanta relevancia constitucional y social. En proceso decidido mediante sentencia del 1 de noviembre de 2011⁶², se desata negativamente el recurso de casación impetrado por diversos consumidores de unidades funcionales adquiridas bajo el modelo de fiducia de administración y pagos, argumentando que la prueba sobre el fundamento neural de la demanda, que lo constituía: *“la publicidad engañosa e información insuficiente”*, no se allegó al plenario en copia auténtica⁶³, en un exceso ritual manifiesto.

Luego un aspecto a resaltar de dicha sentencia, y que de suyo se irradia a la actividad fiduciaria en todo ese iter contractual desde la etapa previa hasta la de liquidación, es la consideración esbozada como obiter dicta en uno de los apartes en que se sostiene que: *“la publicidad e información del producto inmobiliario, no puede constatarse únicamente en los documentos de promesa y escritura de compraventa, como si tan complejo iter y cúmulo contractual pudiese reducirse a estos actos que solemnizan la tradición”*. Con buen criterio la Corte entiende este complejo negocio como unidad jurídica económica conexa y coligada,

⁶² Sentencia del 1 de noviembre de 2011, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

⁶³ [...] 5.1. Es evidente que el *ad quem* en la fase valorativa del haz probatorio no tuvo en cuenta la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, contra Conconcreto S.A., Constructora Apro S.A., Apro Arquitectos Ingenieros S.A. y Forjar Inversiones S.A., por *“publicidad engañosa”* que involucró el conjunto *“Casas de Picadilly”*, en la que se dictaron los referidos *“actos administrativos”*; empero al no haberse allegado de manera completa los instrumentos que integran la decisión, cumpliendo el requisito de la *“autenticidad”*, no tienen aptitud jurídica para servir de sustentáculo a los desatinos fácticos invocados, al tenor del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“[...] Y, es que tal como ya se reveló, sólo se trajo en debida forma la reproducción de la resolución que finiquitó la “actuación administrativa en primera instancia”, y aunque en la fase instructiva del proceso se solicitó nuevamente el envío de copia del expediente, su remisión la efectuó la Secretaría General de la prenombrada entidad de control, sin la atestación de “autenticidad” (c.1-5, 1-637), por lo que carece de “valor probatorio” [...]* Ante esa circunstancia cabe aseverar, que la censura quedó privada del principal elemento de juicio para acreditar el yerro fáctico denunciado, ya que con relación a algunos de los cuestionamientos, sus argumentaciones las apoya en la *“publicidad engañosa”* investigada por la Superintendencia de Industria y Comercio, conducta aquella que constituye elemento total de la responsabilidad atribuida a las accionadas por las carencias advertidas en la *“zona verde, patio privado, parqueaderos, salón comunal, guardería y minimarket”* del conjunto *“Casas de Picadilly”*, donde los actores adquirieron sus viviendas. [...]

abandonando la concepción negocial tradicional que reduce la voluntad a un único acto final de escrituración, lo que traería consigo la exclusión de responsabilidad de la fiduciaria en todo este proceso concatenado de actos.

Resalta la Corte que los efectos de la publicidad e información previa, a la luz del entonces Estatuto General de Protección al Consumidor –Decreto 3466 de 1982–, no se desvanecen en estos pactos ejecutorios y, por el contrario, son vinculantes como reglas obligatorias del contrato, eso sí, aclara, dependiendo de la fase del proyecto, pues la responsabilidad podrá ser extracontractual o contractual dependiendo de si se han firmado los mencionados documentos de promesa o compraventa⁶⁴, aspecto que no se considera, pues el derecho de consumo trasciende esa tradicional discusión dualista de responsabilidad, hallando su fuente directamente en la Constitución.

⁶⁴ [...] 5. Al examinar las consideraciones del *ad quem*, no se vislumbra que haya fijado un entendimiento errado de la referida disposición, en el sentido de haber negado la “responsabilidad civil” derivada de la “publicidad engañosa”; aunque sí truncó los efectos resarcitorios por el perjuicio, tras sostener que el comportamiento de los actores al haber consentido, primero en la suscripción de la “promesa de compraventa” y posteriormente en la celebración del “contrato de compraventa”, desvanecieron sus aspiraciones indemnizatorias, deducción esta que se torna inadmisble, dado que en dichos convenios no se trató ese tema ni se fijaron estipulaciones, al tenor del artículo 1625 del Código Civil, tendientes a extinguir la obligación originada en el aludido hecho a favor de los actores. [...] 5.1. Empero, el aludido equívoco se torna intrascendente, porque de salir avante el cargo, los actores no concretaron el “perjuicio cierto” que les causó esa precisa conducta imputada a las accionadas en la “fase de promoción” del plurimencionado desarrollo urbanístico, al igual que la demostración del mismo. [...] a) En la etapa de los “tratos preliminares” la controversia se ubica en el ámbito de la “responsabilidad civil precontractual” o “extracontractual” dado que para ese instante no existe, o falta la celebración del “convenio o acuerdo” entre los sujetos con interés o a favor de quien se hace la “propaganda” y quienes como “consumidores” resultan incentivados con la misma para la adquisición de lo ofrecido; b) si se ha celebrado el negocio jurídico genera “acción contractual” y además los efectos de la pluricitada “conducta ilegal”, podrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por “error o dolo”, en los términos de los supuestos previstos en los artículos 1510, 1511 y 1515 del Código Civil, al igual que en el 900 del Estatuto Mercantil, lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al “consumidor”, la impugnación de la validez del “contrato”, de conformidad con el inciso final del precepto 1741, en armonía con el 1743 *ibídem*, y en su caso, el último aparte de la citada norma comercial; además de la formulación de otras súplicas que jurídicamente sean acumulables. [...]

Al margen de no encontrar una decisión judicial afincada en las normas del Estatuto General del Consumidor, sí existen pronunciamientos que han desatado conflictos contractuales entre fideicomitentes constituyentes y la entidad fiduciaria, resueltos con base en las normas propias que integran el sistema financiero y el Código de Comercio, de los cuales se puede extraer u obtener reglas hermenéuticas frente a conceptos jurídicos, que si bien pertenecen a un ámbito contractual diferente, son perfectamente extrapolables a la relación consumidor – fiduciaria como bases integradoras.

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, existen criterios dicotómicos frente al tema. Se encuentran sentencias con un criterio rígido, en las que su reflexión se asienta exclusivamente en conceptos como: *“la separación patrimonial”*, *“el actuar como gestor de un interés ajeno”*, *“la imposibilidad de imputación de responsabilidad directa”* *“la obligación de medio”*, *“la regulación particular para el sector”*, v.gr. sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006) Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena⁶⁵, en la que se asevera que como propietario instrumental, la fiduciaria, salvo excepciones como el caso de aparecer ante terceros como real propietario, no responde directamente. Por otro lado, y acorde al planteamiento aquí desarrollado, hay

⁶⁵ “Sin perjuicio de lo que eventualmente convengan los interesados al momento de la celebración del contrato de fiducia mercantil y dependiendo de la modalidad de negocio fiduciario por el que hayan optado las partes, así como las particularidades inherentes a los objetivos perseguidos por el fideicomitente, cabe aseverar, de acuerdo con la referenciada normatividad, que en cuanto concierne con las labores inherentes a su condición de dueño instrumental de los bienes fideicomitidos, o en su caso, de impulsor de la enajenación de los mismos en procura de la finalidad determinada por el constituyente, por regla general el fiduciario, frente a terceros, no compromete su propio patrimonio, salvo excepciones, v. gr., cuando se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, o cuando ha aparecido ante dichos terceros como real propietario de esos bienes, pero ocultando que lo es solamente a título instrumental, o si se quiere, apenas formal, pues, como de antaño lo tiene sentado la doctrina, si el fiduciario no exterioriza ante terceros esta última calidad, quiere significar con ello que asume como suyo el negocio y, subsecuentemente, que compromete frente a ellos su propio patrimonio, pues es claro que al obrar de ese modo ofrece como garantía su solvencia económica; otra cosa, muy distinta, por cierto, es que al estar cumpliendo en sigilo el encargo fiduciario, sus actos puedan producir efectos sobre el patrimonio autónomo”.

posiciones menos inflexibles cuya línea hermenéutica tiene una concepción contractual privada más amplia, armónica, integrada y constitucionalizada, de donde surgen mejores respuestas al problema que se suscita para el consumidor adquirente de unidades inmobiliarias.

El pronunciamiento jurisprudencial de donde mejores respuestas se hallan hacia la integración que aquí se propone, es el contenido en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009)⁶⁶, en la que se asienta una nueva dogmática jurídica en torno al problema de la responsabilidad directa de la entidad fiduciaria como vocera y gestora de un patrimonio autónomo, y los efectos inter partes del contrato de fiducia sin irradiar al tercero futuro adquirente, esto es, al consumidor inmobiliario para lo que corresponde a la presente investigación. En ella, se ausculta y explora todo este complejo sistema formal de normas, contratos, partes e intereses, abstrayendo de forma sistémica el verdadero sentido de dicho esquema, que con mayor razón se debe aplicar cuando se involucren terceros adquirentes cualificados como “consumidores”, pues ellos son sujetos de una protección especial conforme normas imperativas transversales de todo el sistema normativo, por ser derivación directa de la Constitución Política, y cuya aplicación es [...] preferente frente a las normas de carácter especial [...] transversal, pluridisciplinario, especial, proteccionista, de orden público, de un gran contenido social y con fundamento en la Constitución [...] ⁶⁷.

La Litis resuelta en sede de Casación, en síntesis, se desarrolla en torno a un contrato de promesa de compraventa que se dice incumplido por parte del promitente vendedor, del cual se solicita la resolución con las consecuentes

⁶⁶ Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas

⁶⁷ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, “Introducción al derecho de Consumo”. Bogotá, D.C. Colombia - Volumen XII - No. 24 - Julio - Diciembre 2009 - ISSN 0121-182X. Citado en concepto del 14 de agosto de 2018 por la Superintendencia de Industria y Comercio.

restituciones mutuas e indemnizaciones. Dicho negocio jurídico, tiene como génesis el ofrecimiento al público de un desarrollo inmobiliario de locales comerciales estructurado a través de una fiducia inmobiliaria de administración y pagos, en el que se mencionaba la participación y respaldo de la entidad fiduciaria, quien asumía diversas obligaciones.

El mencionado contrato de promesa de compraventa, fue firmado en conjunto con la fiduciaria, y precedido en la etapa de previa de un documento denominado “*de reserva*”, elaborado por la fiduciaria y firmado con ella. Como hechos medulares del incumplimiento se destacan: la falta de terminación del proyecto; la modificación de la construcción; y la falta de comparecencia a la firma de la escritura pública de venta. Así mismo, se endilga a la fiduciaria el incumplimiento de sus prestaciones de vigilancia y cuidado, protección de los compradores y control de las obras. Finalmente, se pretende declarar responsable de forma directa y personal a la fiduciaria, a lo que se opuso dicha entidad bajo la tradicional excepción de “*falta de legitimación en la causa*” al obrar como “*vocero y gestor de un patrimonio autónomo*” y no en forma directa.

El primer aspecto a resaltar, que de suyo guarda íntima relación con uno de los ejes axiales que se abordara en el Capítulo Tercero – *El consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente* –, es la condición de tercero ajeno al negocio de fiducia que se predica del adquirente funcional en el caso particular, de lo cual se derivan consecuencias jurídicas de gran importancia, ya que en muchos casos, – v.gr. los potenciales futuros adquirentes –, no se podrá predicar la calidad de “*parte del negocio*” sino la de “*beneficiario de la prestación*”, cuyo interés en el caso del consumidor inmobiliario va a ser extraño, ajeno y diferente del dispuesto por el fideicomitente y la entidad fiduciaria.

Se abordan y diferencian de forma sustancial conceptos del negocio fiduciario como la calidad de: “*parte contractual*”, “*sujeto contractual*” y “*beneficiario de la prestación*”. De allí, se generan sendos efectos frente al alcance de la responsabilidad de la fiduciaria respecto de los terceros adquirentes, pues cláusulas tipo que se pactan en el acto constitutivo, que tienden en muchos casos a excluir la responsabilidad directa y personal por la garantía, la información, la publicidad, la protección contractual, entre otros, van a pasar a ser insubstanciales textos contractuales carentes de efectos reales.

En este sentido, concluye la Corte que las disposiciones del contrato de fiducia mercantil celebrado entre fideicomitente y fiduciario, aun en el caso de aceptación en bloque o general por parte del tercero en cuyo favor se estipula el beneficio, no extienden sus efectos hacia él, por lo cual desata desfavorable el cargo primero en cuanto al efecto de la cláusula compromisoria. Se expone frente al tema en la sentencia que:

[...] Por definición *legis*, las *partes* del negocio jurídico de fiducia mercantil, son el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario; el beneficiario o fideicomisario, *expressis verbis* es “*un tercero*”, cuya previsión por las partes, ni siquiera es menester para la celebración, existencia o eficacia final de la fiducia mercantil, en cuanto la finalidad fiduciaria podrá determinarse por el constituyente, fiduciante o fideicomitente, exclusivamente en su provecho, y determinada, por éste, a favor de un tercero, no por ello adquiere la calidad de parte, aunque su existencia condiciona la eficacia final del acto dispositivo, sus efectos definitivos, los fines perseguidos por las partes y su función práctica o económica social. [...] Su noción, por consiguiente, atañe a los intereses y se predica del titular del interés dispositivo del negocio o contrato, ya *ab origine* desde su celebración, bien ulteriormente y durante su existencia por su adquisición, sea que lo celebre directa, material y personalmente, ora sirviéndose de mandatario representativo, representante o apoderado en las hipótesis de “*legitimación excepcional*”, poder o aptitud de disposición de derechos e intereses ajenos ante los demás, permitiendo a un sujeto (representante) sustituir a otro (representado) en la celebración de un negocio o contrato en nombre y por cuenta del *dominus* o *titular del interés*, en cuya esfera jurídica se radican sus efectos, pues su “*significado ordinario*”, señala Francisco MESSINEO, “*es el de cada sujeto, que entra en el nexo contractual. Pero parte contractual es concepto distinto del sujeto contractual; es distinto en el sentido de que pueden no coincidir ambos sujetos. Parte contractual, en efecto es un “centro de intereses” que, por regla general, resulta integrado por una sola*

persona que persigue el interés determinado” (Doctrina General del Contrato. T.I. Traducción R.O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO y M. VOLTERRA. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1952) o según Luís DIEZ-PICAZO, “[c]omo partes del contrato deben ser consideradas aquellas personas que han emitido las declaraciones de voluntad o realizado el comportamiento constitutivo del negocio y que son titulares de los intereses reglamentados por él. La noción de terceros resulta así establecida en forma negativa o por vía de exclusión. Terceros, respecto de un contrato dado, son todos aquellos que no han sido autores del mismo. Sin embargo, está clara contraposición debe ser matizada respecto de algunos supuestos concretos. Ante todo, como parte del contrato debe ser considerado solo la persona que ha realizado los actos de declaración de voluntad, sino también sus herederos y causahabientes. Además, en el contrato concluido por medio de representante, es parte el representado o dominus negotii” (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Tecnos, Madrid, 1979, pp. 262 y ss; en el mismo sentido, R. SCOGNAMIGLIO, Teoría general del contrato, trad.esp. Fernando Hinestrosa, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961, p.31) [...]

Nótese como los conceptos propios del negocio fiduciario que emergen de la normativa comercial y civil, se constituyen en bastiones básicos de integración normativa, pues como se sostiene en dicha providencia, al margen de la determinación de la finalidad en su provecho dispuesta por el constituyente, los derechos del tercero adquirente que no fue parte del acto constitutivo[...] son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aun si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado [...] luego en consecuencia [...] adquiere un derecho propio, personal, exigible por él [...], de suyo entonces que dichos terceros adquirentes, en línea con lo expuesto por la Corte, al margen de su calificación en la estructura fiduciaria primigenia, van a estar revestidos por la normatividad General de Protección al consumidor, tanto cuanto más en dicho acto constituyo, no puede válidamente disponerse de las materias consagradas en este decálogo el ser normas de orden público y por tanto imperativas.

En lo que atañe a la actividad fiduciaria y su responsabilidad directa frente al beneficiario ajeno al contrato inicial, si bien no se desconoce la estructura obligacional propia del contrato de fiducia regulado en el Código de Comercio y las

normas propias del sistema financiero, sí se incorporan nuevos principios y reglas respecto de los tradicionales conceptos que hacen parte del negocio fiduciario – v.gr. la obligación de medio, el patrimonio autónomo, la propiedad instrumental, entre otros –, que en nuestro criterio, abren paso a romper su aparente antagonismo con la aplicación de otros regímenes como el General de Protección al Consumidor, de lo cual resulta en consecuencia que no son excluyentes sino por el contrario integrados y armónicos. Dichos conceptos en realidad no son nuevos, luego sí se les da su real dimensión deontológica, tal es el caso del “*deber de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico al fiduciario conforme su estructura legis*”, “*su profesionalismo*” y “*confianza directriz en su quehacer*”, de donde los deberes de conducta del fiduciario, precisamente por tratarse de un contrato de confianza depositada por el público en un profesional altamente calificado, se maximizan, presidiendo todo ese iter contractual de formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario.

Resalta la Corte que efecto de dicha confianza, es la conformación de un patrimonio autónomo con todas las consecuencias que de ello deriva, pero no como refugio o blindaje jurídico, sino por el contrario, como resultado directo de la confianza depositada intuitu persona “*en un grado mayor al cotidiano, y en otro sentido más técnico*”.

En esta línea, citando anterior jurisprudencia se dice en la sentencia que en atención a la ubérrima confianza depositada por el constituyente y la sociedad en general, es que a la fiduciaria le asisten deberes profesionales de [...] diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, adopción oportuna de medidas idóneas exigibles, y todo el conjunto de reglas implícitas o explícitas [...], así como todos los compromisos [...] derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, *fides*, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o

prácticos y a la concreta relación o posición de las partes [...] las cuales asume directamente y no en función de su actuar para otro, o como vocero de un patrimonio autónomo o como propietario instrumental del bien objeto de transferencia, pues su responsabilidad profesional [...] es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro", impregnándose no solo de la "aplicación de los principios técnicos y científicos" exigibles, sino de "normas protectoras del individuo y de la sociedad", que además de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión⁶⁸ [...].

Nótese entonces el alcance constitucional que la Corte da al negocio fiduciario y a la actividad fiduciaria en todo este complejo cúmulo contractual, subrayando que a dicho acto complejo y conexo, que es un "*todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos*" deben integrarse y son exigibles "*normas protectoras del individuo y la sociedad*", valga señalar, las consignadas en el Estatuto General de Protección al Consumidor y de vivienda que son de raigambre constitucional. Como sustento de lo anterior, se alude al "*deber de protección*" como principio contractual que:

[...] extiende la responsabilidad obligacional por incumplimiento, a la protección de los derechos, bienes e intereses de las partes e incluso de terceros por su exposición al riesgo de causarles un daño en razón del vínculo jurídico o como consecuencia de la actividad de otros, y los cuales, ciertamente, son ajenos a la prestación, pero se originan en la ejecución de la relación contractual, por causa u ocasión de ésta, sustentándose en el deber de corrección, probidad, lealtad y buena fe, dentro de las cláusulas normativas generales [...]

Corolario de lo expuesto, resulta de vital importancia la sentencia analizada, pues como se ha expuesto, lo que se pretende es lograr de forma armónica una integración normativa, sin que se desconozca o se superponga una normativa

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177.

frente a la otra, por ello, conceptos como “*parte*” “*tercero*” “*estipulación para otro*” “*deber de protección*”, y en particular, la regla según la cual el negocio fiduciario debe entenderse como: “*un todo homogéneo al cual deben integrarse las normas protectoras de la sociedad*”, a la luz del espíritu hermenéutico que se les da, se convierten en ejes que permiten enlazar de forma coherente y armónica, ambas normativas.

2.1.2 Algunas referencias a la justicia arbitral.

Al igual que en la jurisdicción ordinaria en sede de casación, en la justicia arbitral no se encuentran antecedentes de conflictos en los cuales se resuelva un debate que involucre directamente la acción de protección del consumidor, conforme los contenidos sustanciales inmersos en la Ley 1480 de 2011. El arbitraje de consumo es perfectamente válido en Colombia, pues el inciso segundo del artículo 4 del Estatuto General de Protección al Consumidor, permite los acuerdos sobre derechos patrimoniales obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos, a lo que se suma lo dispuesto de manera expresa por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 en cuanto se consideran válidos los pactos arbitrales y las cláusulas compromisorias. Empero, este mecanismo está lejos de ser una alternativa efectiva en términos de costos y tecnicismo para el consumidor medio en Colombia, y particularmente del consumidor inmobiliario, pues la realidad socioeconómica de la mayor parte de los adquirentes inmobiliarios los deja desprovistos de dicha opción.

Al margen de lo anterior, si existen conflictos emanados de desarrollos constructivos estructurados a través del vehículo contractual de fiducia inmobiliaria, en los que se debate la responsabilidad directa de la fiduciaria como vocera del mismo, y de los cuales se puede extraer reglas importantes que de contera hacen parte de los ejes axiales que se abordaran en el Capítulo Tercero.

Se hace referencia en este acápite a dos Laudos arbitrales en particular que, si bien no centran directamente la resolución del conflicto en las normas contenidas en la Ley 1480 de 2011, sí establecen unas reglas jurídicas de suma importancia, que pueden ser aplicadas plenamente a la hora de abordar la responsabilidad directa de la entidad fiduciaria por los contenidos sustanciales del Estatuto General de Protección al Consumidor. Se puede observar como dichas reglas esgrimidas por los Tribunales, no se superponen a las normas que disciplinan el negocio jurídico de fiducia mercantil y la normatividad que es propia del sector financiero, de donde se resalta su importancia por ser esta integración, el norte que se traza en este documento. Dichos Laudos son: (i) el proferido por el Tribunal de Arbitramento de Víctor Raúl Romero Silva y Guillermo Romero Silva contra Fiducaria Central S.A, Gustavo López García y Orbita Arquitectura e Ingeniería Ltda⁶⁹; y (ii) el pronunciado por el Tribunal de Arbitramento de Luz María Zamorano de Castilla y otros, contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda⁷⁰.

Se destacan inicialmente dos consideraciones que plantea el Tribunal en el primero de los Laudos al momento de definir el marco teórico sobre el cual se centraría su análisis y decisión: por un lado, y como se ha evidenciado en el presente trabajo, se resalta el grado o nivel de participación en el proyecto constructivo como elemento que permitirá deducir un mayor o menor juicio de responsabilidad de la entidad, señalando la “*fiducia clásica*” como el esquema en el que dicha entidad adquiere un mayor nivel de responsabilidad por su rol en todo el íter contractual y de desarrollo del proyecto. De otro lado, se abandona el tradicional juicio que circunscribe la responsabilidad única y exclusivamente en la cualificación de la obligación como de medio o de resultado, y la graduación de culpas en grave, leve y levísima, abriendo paso a integrar nuevos fenómenos,

⁶⁹ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de VICTOR RAUL ROMERO SILVA Y GUILLERMO ROMERO SILVA contra FIDUCARIA CENTRAL S.A, GUSTAVO LOPEZ GARCIA Y ORBITA AQUITECTURA E INGENIERIA LTDA.

⁷⁰ Cámara de Comercio de Cali, Centro de Arbitramento y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Luz María Zamorano de Castilla y otros, contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. Laudo del veintiuno (21) de febrero de dos mil cinco (2005).

actores y realidades socio jurídicas, como “*el consumidor*” y “*el profesional*”, sin desconocer los conceptos y normas propias que regulan el negocio jurídico. Se expone en el Laudo frente a estos dos puntos que:

[...] En la conocida como fiducia inmobiliaria clásica, que hoy en día ha entrado en franco desuso, el fiduciario desempeñaba un papel preponderante en el proyecto, actuando en calidad de gerente del mismo y asumiendo por ende una mayor responsabilidad. En tal virtud celebraba en nombre del patrimonio autónomo algunos de los principales contratos del proyecto, como por ejemplo el de construcción o administración delegada y el de Interventoría; de igual forma le correspondía tramitar el crédito constructor y los permisos de ventas si fueren necesarios, vinculando también a los adquirentes de las unidades mediante contratos de promesas de venta o de adherencia al fideicomiso. Todo ello implicaba una gran complejidad en el esquema que obligaba al fiduciario a ser un profundo conocedor de la actividad de la construcción, algo desligada de la naturaleza financiera de la fiducia; su desarrollo requería de la intervención de un administrador fiduciario con especiales características de infraestructura y experiencia en actividades propias de otras profesiones como la ingeniería o la arquitectura. [...] Superando la consagración legal prevista en el art. 1.243 del C de Co, que se limita a afirmar que el fiduciario responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión y a la posición doctrinal, en veces simplista, que concluye que las obligaciones del fiduciario, en su condición de gestor, son de medio y no de resultado, y sin llegar a extremo de desconocer estas afirmaciones, hoy se maneja el tema bajo la óptica de la realidad contemporánea que reconoce dos nuevas categorías de sujetos de derecho: el consumidor y el profesional. Se reconoce que un profesional es quien desarrolla una actividad de forma habitual y onerosa, cuanta con organización, tiene una posición de preeminencia o dominio profesional y su habilidad técnica o científica lo colocan en un nivel superior. Dentro de esta perspectiva, las fiduciarias califican dentro de la categoría de los profesionales en lo que respecta a su negocio [...]

El desarrollo argumentativo a lo largo del Laudo frente a la connotación de “*profesional*” de la fiduciaria como gestora, y el reconocimiento del derecho de consumo en el escenario de responsabilidad de la misma, merecen especial atención, pues se reconoce que esta [...] como profesional, debía desplegar su actividad con miras a la obtención del fin pretendido por las partes, cual era llegar a una exitosa culminación y venta del proyecto [...] por ende su actuar no podía limitarse simplemente [...] a cumplir unas obligaciones formales; su actividad tenía que comprender un análisis juicioso del negocio en el cual estaba aceptando

participar, ya que su presencia era una especie de “seguro” para los terceros que se vincularan al Proyecto [...], como consecuencia, destaca el Tribunal que:

[...] Su responsabilidad debe ser evaluada a la luz de las obligaciones que de su condición de profesional se derivan incluyendo los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, deberes que son propios de las personas que se anuncian al público como poseedoras de un “*expertise*” que permite confiar en su gestión exitosa. Entonces, las obligaciones a su cargo no podían atenderse de una forma mecánica y simplemente formal sino tenían que orientarse a producir un resultado positivo que redundara en la optimización del desarrollo del Proyecto inmobiliario. Por ejemplo, la declaratoria del punto de equilibrio que correspondió a la Fiduciaria no podía limitarse a imponer su firma en un documento, previa comprobación de que se le hubieran presentado los documentos que el mismo contrato exigía. No, su labor tenía que ir más allá para verificar como lo haría un profesional medio que la declaratoria del punto de equilibrio estuviera adecuadamente sustentada [...]

Descendiendo al caso concreto, el objeto del litigio ventilado ante el Tribunal Arbitral se centra en dirimir la responsabilidad contractual de la fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo frente a los constituyentes, quienes a su vez detentaban la calidad de beneficiarios y aportantes de recursos, buscando en dicho proyecto una rentabilidad económica. Se observa que se trató de un debate en el cual no existía relación de consumo, por ende, dicho proceso al margen de los puntos precitados en párrafos anteriores, no invita a descender in extenso, dado que no ofrece elementos adicionales que puedan enriquecer el quid de la presente investigación. Incluso, pese al reconocimiento de los conceptos de “*consumidor*” y “*el profesional*”, con lo cual pareciera superarse las tradicionales estructuras, en líneas argumentativas posteriores se vuelve a afincar su discurso en la concepción liberal de la contratación privada, dando al consumidor la calidad de “*inversionista*” y excluyendo la responsabilidad de la fiduciaria por considerar su actuar como “*una gestión de intereses ajenos bajo un modelo de responsabilidad subjetiva de obligación de medio*”. Referenciando lo dicho:

[...] De una detallada lectura del contrato de fiducia, es claro para este Tribunal que se trata de un fideicomiso al COSTO para el FIDEICOMITENTE o aportante del lote y para los BENEFICIARIOS señalados en el contrato de fiducia a saber, el mismo FIDEICOMITENTE, ORBITA y el Señor GUILLERMO ROMERO, en las proporciones señaladas. A lo largo del contrato hemos recorrido cláusulas en las que se estipula que el costo total de la obra es a su cargo y ellos deberán proporcionar los recursos necesarios para el desarrollo de las obras en particular en aquellos eventos en que el patrimonio autónomo no cuente con ellos. Por el contrario, los otros inversionistas vinculados a través de, primero, encargos fiduciarios y luego con promesas de venta lo hicieron a Precio Fijo con la consecuencia obvia de tener derecho a recibir sus apartamentos a los precios pactados, sin que, en circunstancia alguna, este precio pueda ser alterado por virtud de imprevistos o sobrecostos. Por último, no puede ni pensarse que sea LA FIDUCIARIA quien asuma los nuevos precios, pues su responsabilidad es la de un gestor, y se caracteriza por ser de medio, no de resultado. A ella solo le compete el mayor profesionalismo en el desarrollo de las obligaciones que le fueron encomendadas [...] Atrás se analizó el tipo de contrato suscrito, para concluir que estamos frente a una Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos celebrada Al Costo. En el presente capítulo delimitamos, a nivel teórico, los parámetros que regulan la responsabilidad del fiduciario encuadrada dentro de la responsabilidad de los profesionales y advirtiendo que sus obligaciones son de medio y no de resultado. [...] Ha de advertirse que la FIDUCIARIA se cuidó de que se incluyeran expresamente algunos eventos en los cuales ella estaba exenta de responsabilidad, en particular todos los relativos a la construcción del Proyecto, a la consecución de la financiación, a la comercialización, a la obtención del punto de equilibrio, a la puntualidad en la terminación, plazos de entrega, calidad, precio etc. [...]

De especial importancia resulta el segundo de los Laudos citados, ya que el objeto del litigio que se dirime, se centra en determinar la responsabilidad directa de la fiduciaria en el marco de un desarrollo constructivo frente a los convocantes, quienes detentaron en el negocio la calidad de “*cesionarios de beneficio*”, nombre con el que comúnmente se denomina al adquirente final de unidades inmobiliarias vinculados a un fideicomiso.

Los supuestos fácticos que se describen, muestran como los demandantes pasan por todo el iter contractual desde la fase previa y de desarrollo, firmando con la fiduciaria contratos de “*Encargo Fiduciario*” en la etapa previa, para posteriormente, en la de desarrollo, adquirir la calidad de “*cesionarios de beneficios*” mediante contratos de promesa de cesión y cesión de beneficios.

Aunado a ello, la modalidad fiduciaria es la de administración y pagos, en la que se transfiere un bien inmueble para que el fiduciario lo administre y permita los futuros desarrollos y transfiera a los futuros cesionarios de beneficio las unidades y su porcentaje de zonas comunes. Por último frente a las pretensiones, si bien se fundan en la nulidad absoluta y resolución contractual por incumplimiento, propias del código civil y de comercio, si se revisa su génesis, puede concluirse que las mismas conciernen en estricto sentido al incumplimiento del deber de “información” y de “garantía”, pues la primera de ellas se refiere al ocultamiento de un estudio de suelos que reflejaba una muy evidente dificultad o imposibilidad del desarrollo; la segunda al anuncio engañoso a la hora de comercializar el bien, al indicar que se contaba con la disponibilidad de servicios públicos cuando en realidad solo se tenía la viabilidad previo el cumplimiento de ciertos requisitos, sin que dicha licencia fuera obtenida; y la tercera, a la falta de vigilancia de los contratos de gerencia del proyecto, construcción e interventoría por parte de la fiduciaria. Estos supuestos como base de la nulidad y de incumplimiento, se traducen para este concepto, en la afectación del juicio volitivo de los adquirentes, e involucran en esencia temas de calidad entendida como las condiciones inherentes e informadas del proyecto constructivo y las unidades resultantes.

Es un debate jurisdiccional en el cual se presentan los elementos estructurales contractuales de la presente investigación a saber: a. Un desarrollo inmobiliario estructurado a través del vehículo de propósito especial de fiducia; b. La utilización de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos como modelo contractual en el cual la fiduciaria asume un rol de administración del proyecto y se obliga a la transferencia de las unidades resultantes; c. Un iter contractual complejo para el desarrollo del proyecto y la vinculación de adquirentes finales mediante contratos de encargos fiduciarios, promesas y cesión de beneficios; d. El incumplimiento de diversos deberes de la fiduciaria que son la base de la acción arbitral los cuales, si bien son el sustento factico de acciones resolutorias y de nulidad, perfectamente

pueden considerarse elementos propios del deber de información y garantía de la Ley 1480 de 2011; y por último, la defensa de la fiduciaria estructurada sobre la responsabilidad indirecta, la separación patrimonial y la cualificación de sus obligaciones como vínculos de medio. De allí la relevancia de la decisión arbitral, pues como lo pasaremos a analizar, se extraen diversas reglas jurídicas del deber fiduciario, encuadrables al marco obligacional de las entidades fiduciarias conforme las disposiciones sustanciales de la Ley 1480 de 2011.

Comienza el Tribunal por destacar dos elementos del contrato de fiducia: (i) el real, entendido como la transferencia de dominio de los bienes fideicomitidos; y (ii) el personal, como elemento que se traduce en la ubérrima confianza depositada en una entidad autorizada por el Estado, con suficiente capacidad y experiencia, quien llevará a buen término los fines establecidos por el constituyente, de los que a su vez se beneficiará el constituyente o un tercero, finalidad que en un proyecto constructivo lo constituye el desarrollo inmobiliario y la transferencia de las unidades resultantes. Es pues este elemento de máxima confianza o fides, un punto axial para la integración de la Ley 1480 de 2011. Para soportar sus argumentos, el Tribunal cita la sentencia C – 086 del 1 de marzo de 1995 de la Corte Constitucional, en la que se expresa que:

[...] “puede decirse que de la norma transcrita se colige que de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciaria, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario. De igual forma, puede señalarse que los elementos característicos de este tipo de contratos son los siguientes: el primero puede definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de bienes sobre los bienes fideicomitidos (...) tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil. Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario se enmarcan dentro de la figura del **trust** o de la confianza que el primero deposita en el segundo – es decir, son sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su good will con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o

un tercero” [...] Descendiendo al caso, se refiere el Laudo a los deberes indelegables de la Fiduciaria, siendo uno de los principales, el de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”, contenido en el numeral primero del artículo 1234 del Código de Comercio, deber que a la postre será el elemento cardinal del juicio de responsabilidad que se le endilgará a la convocada.

Sobre este deber de diligencia como supuesto de responsabilidad de la fiduciaria, luego de cuestionarse el Tribunal sobre: ¿cómo determinar en cada caso el grado de diligencia y de prudencia, y el mejor criterio para medir la misma?, se expone con buen criterio que se trata [...] del cuidado de un administrador diligente o del que emplea un comerciante en su negocio propio [...] con una especial particularidad y es que [...] se trata de un profesional que debe conocer los detalles y circunstancias, aun secundarias, en relación con el negocio que desempeña [...], de donde [...] la labor del profesional debe ir más allá, hacerse más rigurosa, lo que constituye una característica de la prestación de los servicios profesionales [...].

Se refiere entonces a un deber de diligencia y prudencia superlativo, de donde deviene el conocimiento y cumplimiento estricto de los derechos de un partícipe de la relación, como lo es el tercero o consumidor, que incluso vinculado a ella, es ajeno a las disposiciones contractuales que estructuraron el negocio. Valiéndose del elemento de la profesionalidad, el Tribunal llega a concluir que, a pesar de la limitación contenida en el artículo 1243 del Código de Comercio de acuerdo con el cual las fiduciarias solo responden hasta de la culpa leve, su deber va más allá de la prudencia y diligencia de un hombre medio en la atención de sus negocios, de lo que se desprende que en dichos juicios, la aplicación rígida y dogmática está llamada a desaparecer, dando lugar a una interpretación flexible, en tanto en el marco de dichos desarrollos, conceptos como la *profesionalidad* y sujetos como el *consumidor*, invitan a elaborar nuevas reflexiones en torno a la problemática de la responsabilidad fiduciaria.

Ahora bien, en la resolución del conflicto existe un cuestionamiento y planteamiento que se resalta, y que está relacionado con lo dicho en líneas anteriores, y es la crítica a las concepciones tradicionales que califican la obligación de las entidades fiduciarias como de medio, y su posición frente al tema. Se indica en el Laudo que:

[...] Pues bien, sin perjuicio de lo expuesto en la primera parte de la obra y simplificando al máximo la presentación del tema, debe decirse que la experiencia no sólo muestra que las obligaciones del fiduciario no son siempre de medio, pues pueden ser de resultado, sino que, de alguna manera, la simplificación que lo ha afirmado, como regla general, le ha hecho daño a la cabal comprensión de la figura y a la confianza que se requiere en grado sumo en un negocio de esta naturaleza. En efecto, sí son obligaciones de medio las que asume el fiduciario en negocios de fiducia de inversión, pues al no tomar posición propia, no puede garantizar el resultado financiero, esto es, la utilidad esperada, son a cambio numerosas las obligaciones que asume en las demás modalidades, que veremos adelante, y en las que su obligación nítida es de resultado [...]

Se observa que el Tribunal, además de reconocer que las obligaciones asumidas por las fiduciarias también son de resultado, rompe con el paradigma de tener como regla general, que las obligaciones son de medio, lo cual permite pasar la barrera hacia una integración normativa. Es decir, reconocer que incluso no es regla general, que en su gestión las fiduciarias adquieran una obligación de medio, es abrir paso a que las disposiciones de la Ley 1480 de 2011 les sean plenamente aplicables.

Por otro lado, se ocupa el Tribunal de analizar senda cláusula de exoneración consignada en los contratos de cesión de beneficios, en los que los terceros aceptaban expresamente que: *“el cesionario manifiesta que conoce y acepta que la Fiduciaria no es ni constructora, ni interventora, ni participa de manera alguna del desarrollo”*. Lo interesante del caso es que, si bien en el presente no se debaten los contenidos sustanciales de la Ley 1480 de 2011, especialmente lo referente a las cláusulas abusivas y su ineficacia, el juzgador con base en las

normas que disciplinan el contrato de fiducia, y particularmente “*la fides como elemento personal*” y “*los deberes indelegables, como la diligencia en los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*”, declara la ineficacia dicha cláusula expresando que:

[...] En concepto del Tribunal la manifestación y aceptación del Cesionario transcrita en el párrafo anterior no es suficiente para exonerar de responsabilidad a la Fiduciaria en 98 cuanto al cumplimiento de sus deberes contenidos en el artículo 1234 del Código de Comercio y en especial del estipulado en su numeral 1. [...] Si bien es cierto que Alianza Fiduciaria S.A. finca su exoneración de responsabilidad en el hecho de que los Cesionarios de Beneficio, hoy convocantes, manifestaron conocer y aceptar que ella no era ni constructora, ni interventora, y que tampoco participó en el desarrollo del proyecto denominado Terrazas de Chipichape, no puede por esa sola razón excluirse de los deberes que como tal le competen derivados de la obligación impuesta por el artículo 1234 del Código de Comercio [...]

Se resalta en el Laudo otro tópico y es el concepto de: “*la apariencia*” como fuente del derecho, y a partir de ello, luego de citar diversa doctrina al respecto, establece otro elemento que da lugar a realizar un juicio de responsabilidad frente a la fiduciaria, en tanto la misma por las pruebas recaudadas, infundió en el público esa apariencia de dirección y manejo que la convierte en responsable de las resultados del proceso de construcción. Obsérvese lo expuesto sobre el tema:

[...] Se confirmaba la intervención de Alianza Fiduciaria S.A. como responsable del proyecto “Terrazas de Chipichape” con el anuncio al público de vallas publicitarias donde consta, con plena aquiescencia de Alianza Fiduciaria S.A. anunciándose como tal. Al proceso se encuentra arrimada como prueba documental una fotografía publicada en el diario “El País” en la edición del día martes, 9 de septiembre de 1997, donde se puede apreciar con absoluta claridad una valla publicitaria en la cual se enuncia el proyecto “Terrazas de Chipichape” y en la que se observa claramente la vinculación de Fiduciaria Alianza a dicho proyecto, anunciado como de “PRECIO FIJO” (folio 004, Cdo. No. 16a del expediente) [...] Para cualquier observador el nombre de Fiduciaria Alianza S.A. en la valla publicitaria que anunciaba el proyecto “Terrazas de Chipichape” generaba confianza para invertir sus dineros, debido a que en apariencia era la Fiduciaria la responsable del desarrollo del proyecto y la buena marcha de él. [...] Para el Tribunal esa apariencia de dirección y manejo infundida en el público por parte de Fiduciaria Alianza la convierte en responsable de las resultados del proceso de construcción del proyecto “Terrazas de Chipichape”. [...] Con su proceder, permitiendo Alianza Fiduciaria la inclusión de su nombre en la valla publicitaria,

anunciativa del proyecto de construcción, indujo en error generalizado a las personas que invirtieron en él, y por ende depositaron su confianza y dineros. [...]

Este concepto de apariencia se torna de suyo relevante, pues como se ha mencionado, si bien el juicio de responsabilidad se funda en las normas y acciones propias del Código Civil y Código de Comercio, los supuestos fácticos y argumentos de la decisión, son perfectamente extrapolables a los contenidos normativos de la Ley 1480 de 2011, pues nótese que el legislador al expedir esta última codificación, en aras de proteger el juicio volitivo del consumidor, dio gran relevancia a la apariencia como fuente de derecho al consagrar una presunción legal en el artículo 20 a quien *“coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto”*.

Corolario de lo expuesto, se tiene que si bien en la justicia arbitral se sigue manejando esté arraigo interpretativo fundado en conceptos como la obligación de medio, la graduación de culpas, la responsabilidad indirecta de la fiduciaria al actuar como un gestor de un patrimonio autónomo, también se ha abierto paso a otros criterios como los expuestos en los laudos citados, en los que sin desconocer las normas propias del negocio comercial de fiducia y del sector financiero, incluso a partir de las mismas, se endilga un juicio de responsabilidad directa a las entidades fiduciarias por el incumplimiento de sus deberes, reglas que perfectamente deben ser utilizadas a la hora de considerar la aplicación de los contenidos sustanciales de la Ley 1480 de 2011 a la actividad de la fiduciaria en desarrollos inmobiliarios.

2.1.3 Doctrina de la Superintendencia Financiera y de Industria y Comercio.

Como se ha expresado a lo largo del presente trabajo, en la adquisición de una unidad inmobiliaria desarrollada a través del vehículo contractual de fiducia, concurren diversas partes, intereses y negocios jurídicos en una operación económica y jurídica única. Se encuentran principalmente tres actores: (i) El fideicomitente que por lo general es la parte de quien se origina el proyecto constructivo y aportante de bienes, que puede estar o no integrado por el constructor, desarrollador y promotor; (ii) la entidad fiduciaria como actor principal en la fase previa, de desarrollo y liquidación; y (iii) el consumidor o adquirente final, quien adquiere la titularidad del inmueble como consecuencia de la vinculación o no al negocio fiduciario.

Dos de los actores principales – fiduciaria y consumidor –, si bien convergen en el mismo negocio, son sujetos de un régimen normativo particular, aunque no excluyente. El consumidor inmobiliario por su parte, si bien tendrá una relación directa con la fiduciaria y por tanto le son aplicables en su relación las normas propias del sector financiero, no por esto deja de ser un destinatario final cualificado, por lo que su marco protector general será la Ley 1480 de 2011; en el otro extremo, la entidad fiduciaria en tanto pertenece al sector financiero, cuenta con una regulación especial, lo que no implica que este por fuera del espectro obligacional contenido en la Ley General de Protección al Consumidor. Se tiene entonces en una única operación jurídico económica, [...] la normatividad sectorial que tiene como objetivo, lograr que los servicios financieros funcionen adecuadamente, en virtud de que se cumplan unas normas fundamentales que refieren a la transparencia de la información y a la protección del cliente financiero [...] y en paralelo [...] la normativa general sobre la protección al consumidor, que

en Colombia está plasmada en el Estatuto del Consumidor⁷¹ [...], luego cada uno de los sectores cuenta con una entidad administrativa especial cuya función natural será la de ejercer la inspección, vigilancia y control, y por expreso mandato constitucional, colaborar armónicamente actuando como jueces de la república en las precisas materias cuya competencia les sea asignada por la ley.

Para el tema que en este documento interesa, la Superintendencia Financiera inspecciona, vigila, controla, juzga, reglamenta y emite doctrina sobre la actividad fiduciaria. Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene como una de sus funciones principales velar por la observancia de las disposiciones sobre la protección al consumidor, así como inspeccionar, vigilar, controlar, juzgar, reglamentar y emitir doctrina en la materia cuando de un lado estamos en frente de un consumidor inmobiliario, al margen de la forma jurídica bajo la cual adquiera su vivienda.

En este sentido, se pueden encontrar sentencias, doctrina, actos administrativos sancionatorios o absolutorios, o reglamentación diversa e incluso encontrada, emitidas por estas dos entidades, y de allí la importancia de analizar por separado lo que cada una de estas, en ejercicio de sus diversas funciones, ha expresado frente al tema.

Quizá uno de los aspectos que más ha suscitado controversia y diversidad de criterios, y que de suyo es uno de los ejes axial que se analizara en el Capítulo Tercero, es el ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 ante regímenes particulares en determinadas materias y para ciertos sujetos, tal como acontece con el sector financiero al cual pertenecen las entidades fiduciarias. Un sector de la doctrina, tal es el caso de la Superintendencia Financiera, se inclina en sostener

⁷¹ WOOLCOTT OYAGUE, Olenca y Otros. La protección del Consumidor Bancario: examen de sus fundamentos y problemas actuales desde una perspectiva de derecho comparado. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017. ISBN 978-958-749-746-5 Pág. 39.

que el Estatuto General de Protección al Consumidor – Ley 1480 de 2011 –, escapa del espectro obligacional de las entidades fiduciarias, o a lo sumo es un régimen supletivo, pues en este caso, está dispuesto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993 –, el Estatuto de Protección del Consumidor Financiero - Ley 1328 de 2009 – y la Circular Externa 29 de 2014 – Circular Básica Jurídica –. En contraposición, la Superintendencia de Industria y Comercio sostiene que al ser la Ley 1480 de 2011 el marco general de las disposiciones aplicables a las relaciones de consumo, conforme los principios de favorabilidad e indubio pro consumatore, el carácter subsidiario al que se refiere el artículo 4, debe interpretarse de tal forma que se revise siempre, si la regulación especial protege de igual o mejor manera al consumidor.

En este criterio, la interpretación que asume la Superintendencia Financiera escapa de un verdadero análisis constitucional, quedándose en los tradicionales conceptos liberales concebidos antes de la Constitución de 1991, mientras que la posición asumida por la Superintendencia de Industria y Comercio rompe estos inflexibles criterios, aproximándose al verdadero sentir del constituyente de 1991 hacia la protección del consumidor.

El razonamiento adoptado por la Superintendencia Financiera se ve reflejado, entre otros, en concepto 2013008465-008 del 8 de julio de 2013 reiterado mediante Concepto 2016063456-003 del 25 de agosto de 2016⁷² en el que se expone que:

⁷² [...] Para las relaciones trabadas entre las entidades vigiladas por esta Superintendencia y los consumidores financieros, se considera que no resulta aplicable el artículo 41 de la Ley 1480 de 2011, bajo el presupuesto de que dicha regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema. [...] En efecto, las operaciones autorizadas a las entidades vigiladas por esta Superintendencia y que se instrumentan en los contratos celebrados con sus clientes, se rigen por las disposiciones normativas especiales que, a partir de la naturaleza de la operación, determinan las características y condiciones propias de cada uno de los productos que ofrecen al público de acuerdo con su régimen legal. [...] Se infiere del texto transcrito la intención de regular aspectos propios de relaciones contractuales distintas de aquellas que caracterizan los productos y servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la SFC en el marco de sus operaciones autorizadas. [...]

[...] Como es sabido, con la expedición de la Ley 1328 de 2009 , el legislador consagró, en su Título I, un régimen especial de protección al consumidor en materia financiera, bursátil y aseguradora, en el cual, entre otras cosas, se ocupó de, i) señalar las definiciones dentro de las cuales se enmarca el citado régimen de protección, ii) consagrar un conjunto de derechos en cabeza del consumidor financiero, iii) establecer obligaciones especiales a cargo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y iv) puntualizar las funciones y condiciones del Defensor del Consumidor Financiero. [...] De manera específica, el artículo 1º de la citada ley dispuso que dicho régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplan medidas e instrumentos especiales de protección. [...] Posteriormente, ante la necesidad de ajustar y actualizar la normatividad general que en materia de protección al consumidor existía, entre otros aspectos, el legislador expidió la Ley 1480 de 2011 y previó en el inciso segundo de su artículo 2º que la misma aplica en general a las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía “respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley” [...] Así las cosas, es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema [...] En ese orden de ideas, para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor. Igualmente, se estima que ante vacíos legales es posible acudir a las normas descritas en el artículo 4 citado, en el orden en él establecido. En todo caso, se debe entender que esta remisión es supletiva, pues solo procederá cuando no se haya podido resolver un vacío legal con los principios generales contenidos en las normas especiales de protección del consumidor financiero. [...]

Del concepto anterior, se deja sentada la doctrina según la cual, no solo para el sector financiero existe una regulación especial, sino que incluso la misma es “*preferente*” con un alcance especial, y es que [...] la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema [...], por tanto, ante vacíos solo puede acudirse a la normativa general [...] cuando no se haya podido resolver un vacío

legal con los principios generales contenidos en las normas especiales de protección del consumidor financiero [...].

En otras palabras, la Superintendencia superpone las disposiciones especiales sobre el estatuto General de Protección al Consumidor, pues cualquier regulación por simple que sea, e incluso por desfavorable que se presente, va a dejar inane dicho plexo normativo contenido en la Ley 1480 de 2011. Y no solo esto, se afirma para el caso de la actividad fiduciaria en proyectos constructivos, que aun cuando dichas entidades asuman un rol integral que involucre aspectos de información, publicidad, construcción, transferencia, entre otros, no asumirán responsabilidades propias de un constructor, puesto que tales actividades las desarrolla como consecuencia del contrato de fiducia y no por cuenta propia. Mediante Concepto 2004043706-2 de septiembre 3 de 2004 la Superintendencia Bancaria plantea que:

[...] Tenemos que el fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción ha sido definido en el Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996 ⁽²⁾ expedida por esta Superintendencia como "(...) aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. [...] El desarrollo de esta figura ha permitido reconocer distintas modalidades que, de una parte, se diferencian por el grado de la participación de la fiduciaria, cuyas obligaciones podrían comprender desde las completas que correspondan al esquema anterior hasta las más simples de administrar los recursos dinerarios empleados en el proyecto inmobiliario, para garantizar su oportuno y exclusivo empleo [...] De conformidad con lo expuesto, las sociedades fiduciarias, la mayoría de las veces, con ocasión del contrato de fiducia mercantil, desarrollan la actividad de fiducia inmobiliaria comprometiendo únicamente a administrar los recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales compradores, asumiendo simplemente el manejo de la tesorería del proyecto. [...] En otros casos, puede comprometerse con el fideicomitente a ser ella misma quien se encargue de administrar y desarrollar el proyecto inmobiliario, para lo cual contrata personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del contrato de fiducia. [...] En cualquier caso, el proyecto inmobiliario se adelanta de acuerdo con las instrucciones que se hayan pactado entre el fideicomitente y la fiduciaria en el respectivo contrato fiduciario.

[...] Así las cosas, las sociedades fiduciarias pueden eventualmente y siempre que sea en virtud de un negocio fiduciario, suscribir contratos para desarrollar proyectos de vivienda de interés social con sujeción a los planos y especificaciones indicadas por el fideicomitente en el contrato de fiducia y verificando en todo caso que el plan cumpla con los requisitos necesarios dispuestos para ello. [...] Pero en ningún caso las sociedades fiduciarias podrán desarrollar o construir directamente proyectos de construcción de vivienda de cualquier naturaleza, toda vez que dicha actividad escapa a su objeto social exclusivo y excluyente. [...] En otros términos, las sociedades fiduciarias no pueden construir obras de vivienda ni de ninguna otra clase, pero si pueden administrar proyectos inmobiliarios de acuerdo con las instrucciones que le imparta el fideicomitente quien es el gestor de la construcción y quien delega en la fiduciaria lo concerniente a la suscripción de los contratos necesarios para llevar a cabo dicha finalidad, sin que ello implique asumir las responsabilidades propias de un constructor puesto que tales actividades las desarrolla como consecuencia del contrato de fiducia y no por cuenta propia [...]

En síntesis, la corriente interpretativa de la Superintendencia Financiera, además de excluir del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 a las entidades fiduciarias, trae consigo un criterio forjado bajo tradicionales formulas contractuales liberales, que de suyo implican que la entidad fiduciaria –*eje de la relación por la fides depositada*–, esté prácticamente desprovista de responsabilidad frente a los terceros adquirentes, lo que desconoce el alcance y la nueva concepción del derecho de consumo a partir de la Carta Política de 1991, tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional⁷³, pues se forja en las reglas propias de las obligaciones y el contrato de fiducia mercantil consignadas en código civil y de comercio y las normas que integran el sector financiero, asumiendo que la entidad fiduciaria es ajena o a lo sumo adquiere una obligación de medio, en el cumplimiento de los derechos esenciales que aspira obtener el consumidor inmobiliario y que conforman los pilares básicos de la Ley 1480 de 2011: “*Publicidad e Información*”, “*Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad*” y “*Protección Contractual*”.

⁷³ Sentencia C-749 de octubre 21 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

A contrario sensu, la Superintendencia de Industria y Comercio ha adoptado una posición en la que más allá del sentido semántico de las palabras, la fuente teleológica para delimitar el ámbito de aplicación de que trata el inciso del artículo segundo de la Ley 1480 de 2011, va a estar fundada en los principios tuitivos plasmados en la Constitución de 1991 respecto del derecho de consumidores y usuarios, mandato que a su vez impregnará en todas sus partes al Estatuto General de Protección al Consumidor. De allí que la interpretación no se limita a la verificación de la existencia de un régimen particular para descartar el general sin más consideraciones, pues ha entendido que el derecho de consumo trasciende las condiciones liberales de simetría contractual propias del estado liberal antes de 1991, para en su lugar acoger íntegramente la jurisprudencia de la Corte Constitucional que como fuente material, enmarca el derecho de consumo como conexo con [...] el principio de Estado social que se consagra en el artículo primero de la Constitución [...] ⁷⁴, de donde [...] es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución [...] ⁷⁵, bajo en atendido de que :

[...] el contenido de este derecho apunta a la protección sustancial de los ciudadanos que entran en relación con proveedores y distribuidores de bienes y servicios, respectivamente. Dicha concepción de protección sustancial en un contexto de Estado social es plenamente distinguible de la concepción liberal basada en una relación en igualdad de condiciones y absoluta libertad de negociación entre consumidor y productor o distribuidor de bienes, o prestador de servicios, la cual es una situación ficta en la gran mayoría de los casos en que dicha relación se presenta ⁷⁶ [...]

Bajo este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende que el ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 como marco general de todas las disposiciones de consumo, debe ser interpretado conforme el principio de

⁷⁴ ídem

⁷⁵ Sentencia C 1141 de 2011.

⁷⁶ Sentencia C 133 de 2014.

favorabilidad consagrado en el artículo 4 de esta Ley⁷⁷, acorde el cual, se resolverán los conflictos entre las normas particulares y las generales, aplicando la regla según la que: [...] si la norma particular protege de igual o mejor manera al consumidor, se aplicará la norma especial; si por el contrario, dicha norma especial, no brinda, al menos, la misma protección que el estatuto del consumidor, se deberá aplicar el Estatuto General de Protección al Consumidor⁷⁸ [...]. Se expone que:

[...] De acuerdo con lo cual, si bien la Ley 1480 de 2011 tiene carácter supletivo, siempre al interpretar las normas de protección al consumidor, y a efectos de resolver un posible conflicto entre normas que regulan un sector particular y las normas de la Ley 1480 de 2011, se debe tener presente el principio de favorabilidad [...] De acuerdo con lo anterior, si bien en principio la Ley 1480 de 2011 tiene un carácter supletivo o subsidiario, en cada situación se hace necesario evaluar si la aplicación de la regulación especial resulta igual o más favorable a los consumidores que la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011. En este sentido, en caso de que se proteja de igual o mejor manera al consumidor, se aplicará la normativa específica; sin embargo, con fundamento en el principio de favorabilidad, en caso de que la regulación especial no brinde, al menos, la misma protección que el Estatuto del Consumidor le otorga al consumidor, se deberá aplicar esta última y no la regulación especial [...].

El anterior criterio es acogido por la Delegatura Jurisdiccional de esta entidad en sentencia No. 25 de 2014, en la que se resuelve un conflicto referente al derecho de retracto en la compra de tiquetes aéreos, materia sobre la cual existía regulación especial expedida por la Aeronáutica Civil, citada en concepto antes referido.

De especial importancia resulta traer a colación el apoyo doctrinal consignado en el concepto aludido, que concibe el principio de *favorabilidad* como máxima vinculante para hallar el sentido de la ley e interactuar con el resto del

⁷⁷ [...] “Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor” “En caso de duda se resolverá en favor del consumidor” [...]

⁷⁸ Concepto Superintendencia de Industria y Comercio Radicación: 14-007610- -00001-0000.

ordenamiento jurídico en beneficio del consumidor en todo asunto donde el consumidor o usuario actúe como parte interesado. Obsérvese lo dicho:

[...] Por último, la definición de la fuerza jurídica vinculante del Estatuto del Consumidor se determina conforme la pauta de interpretación según la cual, las normas de la Ley 1480 de 2011 “deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor” (artículo 4, inciso 2 de la Ley). Dos manifestaciones del principio de interpretación: pro e in dubio pro consumatore. [...] Por su estructura, este principio compuesto tiene un enorme, no solo para dar sentido a los preceptos de la ley, e interactuar con el resto del ordenamiento jurídico. Juega en beneficio del consumidor, tanto en los procesos de interpretación de normas sustanciales, como durante las administrativas y judiciales previstas en la Ley 1480 misma y en general, en todo asunto donde el consumidor o usuario actúen como parte o como interesados. Por virtud de su carácter en el programa de las ramas del derecho y de la noción constitucional de los derechos del consumidor, debe entenderse como principio general del Derecho del mercado, es decir, con vocación universal que tendrá que ser aplicado en todos los regímenes existentes, como pauta de interpretación que en general activa la interpretación normativa y fáctica que favorezca los intereses del consumidor. [...] La trascendencia del enfoque garantista manifiesto a través de los principios, completa el estudio del alcance normativo del Estatuto, como régimen jurídico general; más del mismo modo se puede argumentar, es útil en la interpretación y aplicación de los regímenes jurídicos especiales [...] Con relación a los derechos y obligaciones, la preferencia de tales regímenes se puede quebrar, conforme lo previsto en el principio de interpretación favor e in dubio pro consumatore. Porque en caso de que existan en tales regímenes normas que, en el balance jurídico creado entre consumidor y productor –proveedor del bien servicio, ofrezcan materialmente prestaciones, igualdades, libertades, derechos a algo menos beneficioso para el primero, con respecto a lo previsto en la Ley 1480 de 2011, el régimen especial no estaría llamado a prevalecer⁷⁹ [...]

En lo que respecta a la responsabilidad directa de las entidades fiduciarias frente a los pilares sustanciales del Estatuto General de Protección al Consumidor, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio no desconoce la regulación especial, si deja claro que su responsabilidad va estar dada de acuerdo con la participación que esta tenga en el proyecto inmobiliario, para lo cual se apoya, entre otras, en

⁷⁹ CORREA HENAO, Magdalena, El Estatuto del Consumidor: Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbito de aplicación y carácter de sus normas, en: Perspectivas del Derecho del Consumo, Valderrama Rojas, Carmen Ligia, Directora, Editorial Universidad Externado de Colombia, primera edición, mayo de 2013, páginas 130 y 31 citado por Superintendencia de Industria y Comercio Concepto Radicación: 14-007610- -00001-0000.

sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil del 1 de julio de 2009, Magistrado Ponente William Namen Vargas, en la que se resalta el “*deber de protección*” que se irradia en la amparo de los derechos de terceros que ciertamente son ajenos a la relación originaria.

Plantea la Superintendencia que cualquier persona – natural o jurídica –, indistintamente del sector económico o de la regulación especial, en tanto participe en una relación de consumo, va a ser alcanzado por las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, por cuanto estas, acorde con el artículo 4, son de orden público, considerando además que el estatuto es “transversal”, “pluridisciplinario”, “especial”, “proteccionista”, “de orden público”, “de gran contenido social” y con “fundamento en la constitución”, de lo cual se sigue que [...] la forma como los que hacen parte de la cadena de comercialización establezcan acuerdos entre ellos, así como los contratos que son ajenos a la relación de consumo, a pesar de entrar en la órbita contractual, no son objeto de control y vigilancia, en tanto no incidan en el cumplimiento a los consumidores⁸⁰ [...].

Se tiene entonces dos interpretaciones dicotómicas y antagónicas frente a la integración de la Ley 1480 de 2011 al régimen obligacional de las entidades fiduciarias y a la responsabilidad directa de esta por el cumplimiento de dichas disposiciones, empero, en línea con los objetivos de la presente investigación, lo establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio será una de las líneas base hacia una integración normativa de forma armónica, que responda a la verdadera finalidad constitucional y necesidad del consumidor inmobiliario ante tal problemática que ha venido enfrentando.

⁸⁰ Concepto Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado: 2018 – 173905-1 del 14 de agosto de 2018.

2.1.4. Breve reseña de doctrina y jurisprudencia internacional en la materia - Del caso argentino -

Argentina al igual que Colombia cuenta con un Estatuto General de Protección al Consumidor contenido en la Ley 24.240 de 1993 modificada por la Ley 26.361 de 2008 denominado “Ley de Defensa del Consumidor”. Este tiene una estructura sustancial similar al estatuto colombiano, en cuanto a derechos y deberes de proveedores, productores y consumidores; información y publicidad; así como garantía, seguridad y protección contractual.

Por consumidor se tiene a la persona natural o jurídica que adquiera o utilice un bien o servicio a título gratuito u oneroso como destinatario final (art 1º)⁸¹, luego amplía el espectro no solo al adquirente, sino a su grupo familiar o social, así como a cualquier persona que esté expuesta a una relación de consumo. A diferencia del estatuto colombiano, en Argentina se consagra únicamente la figura del proveedor, entendido como toda persona natural o jurídica que de manera profesional desarrolle actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios. Si bien no se incluye el productor taxativamente y de forma separada como en la normativa colombiana, lo cierto es que la definición de proveedor la subsume al referirse a las actividades de producción, creación, construcción y transformación; no obstante, hay una nota distintiva, y es que la labor puede ser incluso ocasional siempre que sea de forma profesional, pues en

⁸¹ ARTICULO 1º — Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

la legislación colombiana, la calidad de productor o proveedor se adquiere por la habitualidad y no por gestiones simplemente esporádicas como en la legislación Argentina (art. 2º)⁸².

Allí, se consagra expresamente la figura de la “relación de consumo”, entendida como el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor, lo cual no ocurre en la Ley 1480 de 2011, en la que no hay una definición taxativa de dicho concepto, no obstante, de las definiciones de consumidor o usuario (art. 5º, núm. 3º) y productor (art. 5º, núm. 9º) y proveedor (art. 5º núm. 11), se dilucida lo que debe entenderse por tal.

En materias de garantía de calidad e idoneidad, seguridad, información, publicidad y protección contractual, aunque en el estatuto colombiano hay un desarrollo mucho más amplio y detallado, en la Ley de Defensa del Consumidor también se consagran. La garantía legal se otorga frente a los defectos o vicios de cualquier índole, siendo una obligación de carácter temporal (art. 11⁸³) y una responsabilidad solidaria de los productores, importadores, distribuidores y vendedores (art. 13⁸⁴). El alcance de la garantía se centra en la reparación,

⁸² ARTÍCULO 2º — PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

⁸³ ARTICULO 11. — Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

⁸⁴ ARTICULO 13. — Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11.

cambio del bien o devolución del precio (art. 17⁸⁵). Por su parte, los derechos a la información y protección a la salud (lo que en el estatuto colombiano se denomina seguridad), son regulados en un mismo capítulo a diferencia de la normativa colombiana, dándole a la información una cualificación especial de ser siempre cierta, clara y detallada (art. 4⁸⁶), y propendiendo porque los productos en condiciones normales de uso, no causen peligro para la salud y la integridad física de los consumidores y usuarios (art. 5 y 6⁸⁷). Por último, lo que en la normativa colombiana se denomina protección contractual, contenido y regulado en un capítulo especial, en la legislación Argentina se deriva de diversas normas dispersas, de las cuales destacamos: a) las que regulan las condiciones de las ventas y ofertas (art. 7⁸⁸); b) los efectos de la publicidad (art. 8⁸⁹); c) los contenidos

⁸⁵ ARTICULO 17. — Reparación no Satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

⁸⁶ ARTÍCULO 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

⁸⁷ ARTICULO 5º — Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. ARTÍCULO 6º — Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

⁸⁸ ARTICULO 7º — Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley.

mínimos en los contratos de venta (art. 10⁹⁰); d) de las ventas domiciliarias, por correspondencia y otras, lo que en nuestro sistema llamamos ventas mediante métodos no tradicionales o a distancia (art. 3291); e) operaciones de venta a crédito (art. 3692); y f) los términos abusivos y cláusulas ineficaces (art. 3793), entre otros.

⁸⁹ ARTÍCULO 8º — Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

⁹⁰ ARTICULO 10. — Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida.

⁹¹ ARTICULO 32. — Venta domiciliaria. Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio. El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley. Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

⁹² ARTICULO 36. — Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: (...).

⁹³ ARTICULO 37. — Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Un aspecto a destacar, es el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor Argentina, pues en ella de forma taxativa y clara se zanja la discusión que se da en nuestro sistema, en cuanto al carácter supletivo del Estatuto General de Protección al Consumidor frente a regulaciones especiales en determinado campo. El artículo tercero de la Ley 24.240 de 1993, establece que [...] “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen” [...].

Por último, al igual que en nuestro sistema normativo, el derecho de consumo tiene una derivación constitucional del artículo 42 de la Carta Política que establece:

[...] Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control [...]

En síntesis, el derecho de consumo en Argentina surge de una nueva realidad contractual, en la que se entiende que existe una parte débil y otra fuerte en el contrato; un mercado plagado de formas contractuales sofisticado y no muy comprensivo para el consumidor medio; y una comercialización globalizada, tecnológica y masiva. De esta forma, se abre paso a un nuevo esquema

contractual que se aparta de los principios tradicionales liberales de la contratación privada.

Por su parte y como ocurre en Colombia, en la Legislación Argentina el fideicomiso está definido como un negocio jurídico y no como una persona, tipificado en el artículo 1666 del Código Civil y Comercial unificado, entendido como el contrato que se perfecciona: *“cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*. Como notas características de dicho contrato, resaltamos las siguientes: i) sólo podrán ser fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales (art. 1673⁹⁴); ii) quienes serán titulares de una propiedad fiduciaria (art. 1682⁹⁵); iii) surgiendo de dicha transferencia un patrimonio autónomo separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario (art. 1685⁹⁶); y iv) cuya vocería la detentará la entidad fiduciaria (art. 1689⁹⁷).

Como puede verse, el negocio jurídico del fideicomiso tiene la misma estructura sustancial en ambas legislaciones. Es un negocio jurídico de afectación e instrumental, del cual surge un patrimonio autónomo diferente de su titular, y cuyo

⁹⁴ ARTICULO 1673.- Fiduciario. El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir.

⁹⁵ ARTICULO 1682.- Propiedad fiduciaria. Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes

⁹⁶ ARTICULO 1685.- Patrimonio separado. Seguro. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario.

⁹⁷ ARTICULO 1689.- Acciones. El fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario.

vocero será una entidad fiduciaria autorizada y perteneciente a sistema financiero, vigilada por el Banco Central, quien estará legitimada para ejercer todas las acciones en procura de la defensa de los bienes fideicomitidos.

Frente al fideicomiso inmobiliario, se ha dicho por la doctrina argentina que el mismo se concibe como un contrato:

[...] en que el o los fiduciantes se obligan a transferir la propiedad fiduciaria de bienes y derechos necesarias para el desarrollo de un emprendimiento inmobiliario, a otra persona denominada fiduciario que se obliga a administrarlos, a gestionar el proyecto y a controlar el cumplimiento de la ingeniería del negocio acordado conforme los lineamientos de la buena fe, la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios, y a cambio de una contraprestación, con la finalidad de adjudicar las unidades construidas a sus beneficiarios o fideicomisarios y de entregar las ganancias netas del negocio a los fiduciantes de acuerdo a las previsiones contractuales pactadas entre éstos y el fiduciario, los beneficios o los fideicomisarios⁹⁸ [...]

Es por las consideraciones expuestas por las que se toma como referencia la legislación argentina, dado que al igual que en el mercado colombiano, el sector constructivo ha tenido una dinámica parecida a la nuestra, en la cual las entidades fiduciarias se han convertido en un actor fundamental de fides que ha sido motor de desarrollo. Luego la normatividad que disciplina por un lado el contrato de fiducia, y por otro los derechos del consumidor - las cuales tienen similar estructura a la nuestra -, han aparejado múltiples controversias doctrinales y judiciales, que han dado lugar a sendos avances en la materia, lo cual presentaremos a continuación.

⁹⁸ BILVAO ARANDA, FANCUNDO M. "El contrato de fideicomiso inmobiliario en la Argentina. Año: 2012. Abeledo Perrot. Pág. 172.

2.1.4.1 Referencia Doctrinal

La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a las obligaciones que asume la fiduciaria en los fideicomisos de construcción, ha traído consigo problemas complejos, de los cuales no se ha derivado [...] respuestas o soluciones definitivas a un problema que aún no lo tiene, pero que —además— su solución depende del caso concreto y de la forma en que haya sido planteado en el desarrollo inmobiliario⁹⁹ [...]. Lo relevante, sostiene MOLINA SANDOVAL¹⁰⁰, será determinar el ámbito objetivo y la realidad jurídico económica del negocio celebrado, esto es, establecer si existe o no relación de consumo, pues de ser así, sería plenamente aplicable la ley de Defensa del Consumidor, en consideración según el autor, a que el fideicomiso en esencia no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Luego de cara a la responsabilidad de la fiduciaria por los contenidos normativos del Estatuto, sostiene que:

[...] en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad "habitacional" la relación será claramente de consumo. No importa el esquema utilizado. Es indiferente para aplicar la LDC (y proteger al consumidor) que la adquisición de la unidad se realice mediante un boleto de compraventa con el fiduciario o sea mediante su incorporación como fiduciante y beneficiario. Lo importante es la causa determinante del aporte y las condiciones del pacto de adquisición de la futura unidad y quién ha sido el responsable del desarrollo del negocio. [...] Respecto del fiduciario no sería estrictamente aplicable la LDC, lo que no excluye que la LDC se aplique respecto de los proveedores del fideicomiso (empresa constructora, administradora de la obra, etc.). Ahora bien, si en el esquema consorcial el fiduciario, además, ocupa el rol de la empresa constructora o administrador de la obra, la responsabilidad en materia de consumo no dependerá de su condición de fiduciario sino en su rol de constructor o administrador de obra. [...]

⁹⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario. Pág. 2 Publicado en: LA LEY 01/10/2007, 01/10/2007, 1 - LA LEY2007-E, 1288. Cita Online: AR/DOC/2686/2007.

¹⁰⁰ Ídem

Por su parte, BILVAO ARANDA¹⁰¹ frente a la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios, afirma que:

[...] Antes de ahora he sostenido que, desde un aspecto pasivo, un fiduciario asume mayores responsabilidades si su actuación se encuentra comprendida dentro de las previsiones de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), por ejemplo, como consecuencia de ofrecer al público consumidor las unidades a construir, ya que, en tales supuestos, el fiduciario pasará a formar parte de la cadena de comercialización de tales unidades, sin que pueda válidamente, a nivel judicial al menos, limitar el grado de responsabilidad o eximirse de ella lisa y llanamente ante incumplimientos a los deberes y obligaciones asumidos por el fideicomiso frente a consumidores. Estas responsabilidades tendrán naturaleza contractual, extracontractual o legal, según el caso, y podrán tener como causa incumplimientos directos por parte del fiduciario, o bien podrá responder como consecuencia de una responsabilidad refleja o por apariencia. [...] Con sustento en esa normativa, se ha sostenido que la interpretación de un negocio jurídico complejo debe ser hecha por el juez teniendo en cuenta el principio de buena fe, las conductas seguidas por las partes con posterioridad al acto, el fin económico perseguido al contratar y que en la valoración de los contratos sinalagmáticos y onerosos, debe regir el principio del equilibrio de las prestaciones y las reglas de equidad [...] Adicionalmente, recordemos que la LDC es una norma de orden público (conf. art. 65). Esa condición de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista, lo que impone una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal [...] El fideicomiso es un negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad. Este encargo trae aparejada la obligación implícita de administrar los bienes a fin de ejecutar lo acordado contractualmente. Por ello, todo fideicomiso, cualquiera sea su objeto o finalidad, genera la obligación del fiduciario de administrar correctamente (como un buen hombre de negocios) [...] Por otra parte, somos de la idea de que también cabría condenar al fiduciario accionado con fundamento en el art. 40 de la LDC, tal como lo ha sostenido un precedente de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, entendiendo que forma parte inescindible de la cadena de comercialización del inmueble [...] Estimo que esto será lo razonable, ya que no podría válidamente sostenerse que una persona pueda deslindarse de las responsabilidades asumidas en un contrato suscripto con ella por las especiales características del negocio y por las especiales cualidades y confianza que ésta generó en el consumidor contratante, con la sola transferencia de los bienes que fueron objeto de tal contratación. Si un supuesto tal estaría permitido por el ordenamiento jurídico, claramente los consumidores inmobiliarios estarían expuestos a innumerables abusos y a un sinnúmero de situaciones por

¹⁰¹ BILVAO ARANDA, Facundo M. "Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios". **Publicado**. <<http://thomsonreuterslatam.com/2012/06/doctrina-del-dia-sobre-lasconsecuencias-practicas-de-los-contratos-con-clausulas-predispuestas-en-un-fideicomiso-inmobiliario/>>

demás injustas. [...]

Al abordar la problemática de la defensa del consumidor inmobiliario en el fideicomiso y del daño punitivo como criterio indemnizatorio, CHIALVO¹⁰², al referirse a la relación de consumo y particularmente al proveedor como una de las partes, ha llegado a incluir dentro de dicha categoría, al fiduciario, argumentando que [...] en esa relación de consumo el fiduciario responsable de un emprendimiento de construcción inmobiliaria debe responder en virtud de las disposiciones de esta ley frente a los compradores (entiendo que estos pueden asumir la forma de fiduciantes, beneficiarios y terceros compradores, estos últimos en virtud de la responsabilidad solidaria), interpretación que obedece a la circunstancia de que el fiduciario es titular del dominio, si bien con las características fiduciarias [...], puesto que el mismo es quien en muchos casos [...] contrata con los compradores y en la mayoría de los casos en que se utiliza esta figura, quien dirige o controla el proceso negocial y de construcción, generando la apariencia de confiabilidad basada en su gestión [...], luego estas nuevas realidades negociales que rompen el equilibrio contractual [...] lógicamente requieren una nueva respuesta desde el derecho¹⁰³ [...].

Frente a la protección del consumidor en los esquemas fiduciarios y la responsabilidad de la entidad fiduciaria, desde su etimología constitucional, se ha dicho que [...] la característica central de la relación contractual es la confianza o fe depositada en la persona encargada de realizar aquel fin [...] fides que resulta ser un elemento esencial del contrato [...] en lo que respecta a la función del derecho como protector del beneficiario de tal negocio fiduciario, justificado en aquella confianza depositada en el fiduciario [...], por tanto [...] el derecho constitucional irradia un gran despliegue en aquellos casos que el beneficiario del

¹⁰² CHIALVO, Tomas Pedro. Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. “*A propósito del Daño Punitivo*”. <www.saij.jus.gov.ar>

¹⁰³ Ídem.

negocio fiduciario reviste también un papel de usuario o consumidor¹⁰⁴ [...]. Cuando un beneficiario o adquirente tiene la calidad de consumidor en un esquema de fiducia inmobiliaria, es al fiduciario a quien le asisten obligaciones en su esfera personal y no como mero vocero de un patrimonio autónomo, en tanto que:

[...] el fiduciario de un contrato de fideicomiso adquiere —por las características de las partes y del contrato mismo- una posición de poder bifronte: a) Por cuanto es experto designado contractualmente para la administración de los bienes fideicomitidos y alcanzar el resultado pactado, y; b) Por cuanto es un proveedor de un servicio (administrador fiduciario) en una relación de consumo con uno o más beneficiarios de ese contrato de fideicomiso. [...] semejante poder de decisión por parte del fiduciario requiere —en un régimen jurídico que pretende ser catalogado justo- de las siguientes pautas: - normas de conductas específicas y determinadas para los actos reglamentables (por ejemplo lo estipulados en el artículos 1684, 1688, 1689, 1698, entre otros del Código Civil y Comercial de la Nación), y; - principios interpretativos en beneficio del fideicomiso, pero también de los beneficiarios del negocio fiduciario (regla general de conducta del fiduciario estipulada en el artículo 1674, primer párrafo del mismo código). Para ambos aspectos y en el hipotético caso de incumplimiento de tales obligaciones, la ley debe concebir además un régimen de responsabilidades del fiduciario —que lleguen incluso a su esfera personal-, en atención al quiebre de confianza en la que se apoyaba la relación contractual ¹⁰⁵[...]

En documento titulado *“El fideicomiso Inmobiliario Operando en la Práctica”¹⁰⁶*, se plantean diversas reflexiones que suscita un debate judicial en torno a la responsabilidad de la entidad fiduciaria como administradora de un proyecto

¹⁰⁴ CAO, Christian Alberto. El contrato de fideicomiso, las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, y la protección constitucional de los usuarios y consumidores. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015<http://www.caq.org.ar/images/fideicomiso_10_2016/Cao_Fideicomiso_y_responsabilidad_del_fiduciario.pdf>

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ BORETTO, Mauricio. Título: El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica. Publicado en: LLGran Cuyo2013 (diciembre), 1164. Cita Online: AR/DOC/4287/2013

constructivo, particularmente en lo que concierne al derecho de información del adquirente final. El caso citado se sintetiza así: (i) Se demanda a la sociedad Mutual Fiduciaria, quien fungió en el proceso constructivo como vocera y administradora del patrimonio autónomo constituido para desarrollar un conjunto inmobiliario; (ii) el demandante había adquirido unidades funcionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario, quien abonó la totalidad de la suma convenida como pago, no obstante, en la etapa de desarrollo la entidad fiduciaria requirió al consumidor un mayor pago en concepto de mayor superficie construida por omisiones en el plano de arquitectura con que se desarrolló el proyecto y se celebró el contrato; (iii) por causa del no pago exigido, la fiduciaria se niega a escriturar y a entregar la unidad inmobiliaria al consumidor, quien se ve abocado a presentar la respectiva acción judicial en contra de Mutual Fiduciaria; (iv) El juez de primera instancia decide favorablemente las pretensiones del consumidor, sentencia que fue confirmada por la Cámara de apelaciones, indicando en esencia que la fiduciaria, en calidad de administradora, no puede alegar su propia culpa en tanto las diferencias del área construida le es achacable, pues es ella uno de los eslabones que hace parte organizadora del proyecto constructivo.

Interesantes reflexiones se plantean en cuanto a una integración de la Ley de Defensa del Consumidor a la actividad de la entidad fiduciaria en la obra señalada. Se considera como un buen criterio, la combinación [...] del derecho común y el derecho del consumidor para efectos de brindarle una adecuada protección al adquirente de las unidades habitacionales ante la resistencia del fiduciario de escriturarlas¹⁰⁷ [...], por cuanto en el caso, el fiduciario debía cumplir con un deber informativo cierto, claro y detallado de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización en los términos del artículo 4 de la Ley 24.240, de tal suerte que

¹⁰⁷ Ídem.

[...] este deber no se cumple satisfactoriamente en el caso, poniéndolo en evidencia el propio Fiduciario demandado quien no le hace saber al co-contratante oportunamente -y antes de extender el recibo cancelatorio- la mayor superficie de las unidades que había adquirido y el aumento de los costos de la construcción [...], no sirviendo como causa válida excusable el que [...] él mismo ignoraba las diferencias de superficie en las unidades habitacionales (y los mayores costos) debido a "omisiones en el proyecto inmobiliario -que el mismo dirige- imputables al arquitecto" [...]. Con buen criterio se concluye que, si bien el error puede provenir del tercero arquitecto, dicho tercero hace parte de la organización del negocio inmobiliario, por tanto, es el fiduciario quien debe responder frente al consumidor por sus errores propios, o por los que se deriven de quien se vale para ejecutar sus funciones.

2.1.4.2. Referencia Jurisprudencial

En proceso decidido mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy del 22 de marzo de 2007, se debate un caso en el que el Banco Hipotecario S.A. actuó en calidad de fiduciario del patrimonio autónomo constituido por Biella S.A (constructor), sobre el cual se construyeron viviendas que posteriormente presentaron defectos estructurales. Se destacan algunas líneas sobre la defensa esgrimida por la fiduciaria:

[...] el Banco compareció sólo como titular del dominio fiduciario sobre el que se construyeron las viviendas, el que le fuera transmitido a fin de garantizar el préstamo otorgado a Biella S.A. para la ejecución de las obras. Ésta empresa fue la única vendedora. El Banco sólo se comprometió a suscribir la escritura traslativa de dominio a cada uno de los compradores, lo que no lo convierte en vendedor. Habiendo actuado como fiduciario en garantía, no le cabe la responsabilidad [...] En el sexto alega la inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor destacando que su parte se limitó a financiar la obra. No a ejecutarla ni a vender las viviendas construidas. Esa ley no es aplicable a la operatoria de los bancos, que se encuentran bajo la órbita del B.C.R.A. (ley 21526 y modif.) única entidad a la que le compete el control y supervisión de sus operatorias, en el ejercicio de

poder de policía que tiene asignado. Al aplicar la ley de defensa del consumidor, se ha tergiversado el rol que le cupo al Banco derivado de la línea de crédito referida, tornando en arbitrario el decisorio. [...]

La sentencia referida frente a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al caso, y en particular al actuar de la fiduciaria, concluye que:

[...] A fin de dirimir el presente, corresponde, previo a todo, dejar establecido si, como lo determinó el Tribunal de la causa y lo propicia la Fiscalía General, es aplicable al caso la ley 24240 de defensa del consumidor, para luego establecer el rol de cada una de las demandadas y la actuación que desplegaron. [...] Como bien lo puntualiza el a-quo, los actores son adquirentes de inmuebles nuevos con destino a vivienda, condición no controvertida en el sub lite, que los ubica en la previsión del art. 1, inc. c de la ley 24240. [...] Para decirse excluido del alcance de las disposiciones de esa ley, invoca el Banco Hipotecario que su actuación está regulada por la ley 21526 y sus modificatorias, y es desplegada bajo la exclusiva supervisión del Banco Central de la República Argentina, única entidad a la que le compete el control de sus operatorias.- [...] Aun cuando resulta incuestionable la sumisión de la entidad al contralor del Banco Central porque así lo dispone esa ley 21526 "de entidades financieras" y su modificatoria 25782 , no hay disposición alguna que la excluya del ámbito de aplicación de la 24240 si su participación, operatoria o negocio jurídico se anuda con quien reviste, en los términos del artículo primero de esta ley, la condición de consumidor y resulta, como tal, tutelado por esa preceptiva y por la norma del art. 42 de la CN. Para más, el art. 2 de la ley 24240 impone el cumplimiento de las obligaciones previstas en ese plexo a "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios". No habiendo previsión que excluya a las entidades financieras de ese universo de obligados, nada justifica la pretensión del Banco Hipotecario S.A. en tal sentido. Donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete. Ese es, por lo demás, el criterio de acreditada doctrina que comparto (cfr. Stiglitz en "Ultimas resistencias contra la protección del consumidor", JA 1999-II-843 y Mossset Iturraspe "El cliente de una entidad financiera -de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24240", JA 1999-II-841).

Luego de hacer la anterior referencia, se subsume el Tribunal en el análisis de un aspecto trascendental a afectos de delimitar la responsabilidad de la fiduciaria frente a los contenidos normativos de la Ley de Defensa del Consumidor, y es “*e/ grado de participación*”. Plantea el Tribunal que:

[...] En el carácter de fiduciario invistió el rol más importante de la operatoria y era su deber obrar diligentemente no sólo en resguardo de su derecho al recupero del crédito, sino tutelando los de los adquirentes de viviendas en cuyo beneficio fue pergeñado el "Emprendimiento Constructivo con Transmisión del Dominio Fiduciario" que, bajo la denominación de "Conjunto Habitacional Sur la Viña" fue inscripto en el registro del entonces Banco Hipotecario Nacional. [...] De tal modo, la operatoria debe ser tratada tal como fue concebida: como unidad lógica motivada en una función económico-jurídica única que a todos los sujetos involucra, aun cuando haya sido articulada en convenios sucesivos y formalmente distintos, pero causal y teleológicamente vinculados. [...] Sentado que la actuación del Banco en la operatoria en cuestión no se redujo a la simple extensión de crédito a favor de la originante, ni al ejercicio de las prerrogativas que le competían como fiduciario de los bienes fideicomitidos en garantía, debe reputárselo responsable por su participación en la cadena de comercialización que subyace en el negocio jurídico en análisis [...] Dos reflexiones al respecto: la primera concierne al alcance del término comercializador que emerge del referido art. 2 y cuya extensión, a mi juicio, da cabida a la responsabilidad del Banco. En palabras de Juan M Farina: "la expresión es suficientemente amplia como para comprender a todas las personas que ofrecen bienes o servicios en el mercado, sea por cuenta propia o ajena ..." (autor citado, Defensa del consumidor y usuario, Ed. Astrea, Bs. As. 2000 p. 105). [...] La segunda apunta a la expresión contenida en el art. 40, al aludir a la responsabilidad de quien "haya puesto su marca o servicio", generando en el consumidor razonable expectativa derivada de la seriedad, solvencia y/o profesionalismo de quien la ostenta. No es necesario gran esfuerzo interpretativo para advertir que quien eligió adquirir su única vivienda a través de un emprendimiento gestado por el entonces Banco Hipotecario Nacional, no sólo lo hizo movido por la necesidad o el anhelo de acceder a ella y satisfacer -dicho sea de paso- un derecho de raigambre constitucional (art. 14 bis de la CN), sino por la confianza forjada en mérito al rol y la trayectoria de esa institución, tal como atinadamente lo valora el Tribunal de grado. Es que "la confianza determina bajo qué condiciones un contratante realizará el intercambio económico con el otro, porque la confianza crea expectativas y garantiza el cumplimiento de esas expectativas futuras materializadas en obligaciones jurídicas, convirtiéndose en fuente de seguridad (económica, social y jurídica) ... En este sentido, la marca o nombre comercial de una empresa o un producto o servicio garantiza que éste será confiable, que el consumidor no sufrirá daño alguno" (Weingarten, Celia, La Confianza en el Sistema Jurídico, Ed. Cuyo 2002, p. 40) [...] Es asimismo responsable por su rol de seleccionador y controlador de la originante y de la empresa constructora. También lo es por su evidente participación en lo que la ley 24240 define como "cadena de comercialización", aun cuando en su condición de fiduciario haya formalizado los contratos de venta de los adquirentes de viviendas por cuenta y orden del fideicomitente. [...]

Como en el caso colombiano, la responsabilidad directa de la entidad fiduciaria en su actuar como vocero de patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de proyectos constructivos, no es pacífica. En providencia del Tribunal de la Cámara Federal de Apelaciones del 12 junio de 2008, cuyas partes fueron Montenovi, Yolanda Nilda c. Biella S.A. y otro, se resalta que [...] La cuestión no es pacífica, dado que existen opiniones y jurisprudencia a favor y en contra de que ello ocurra, como tampoco lo es la propia legalidad del fideicomiso en garantía, que no está expresamente contemplado en la ley 24.441 y que para cierta doctrina, importa expandir el *numerus clausus* de la previsión de derechos reales, [...] empero, en tan dispendiosa tarea de desentrañar una correcta aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en un negocio de compleja estructura, se decide por acoger un criterio inspirado en los principios tuitivos de la Carta Política Argentina, indicando que:

[...] En la difícil tarea de desentrañar esta cuestión, no puede perderse de vista el principio de reserva (art. 19 C.N.) y el status constitucional de los derechos del consumidor. [...] Respecto a la jerarquía del derecho del consumidor, su incorporación en el art. 42 de la Constitución Nacional tuvo la directa finalidad de equilibrar la relación, principalmente cuando el consumidor queda en desventaja frente al poder económico y libertad de disposición sobre el contenido del negocio que tiene la otra parte de la relación (caso típico de los contratos seriados o de adhesión). [...] Por ello, la L.D.C. establece en su art. 3° (como lo hacía su predecesora y en general, toda la legislación sobre la materia) que (en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá el más favorable al consumidor); lo que conjuga con la pauta (contra preferente), en el sentido de que no debe privilegiarse al autor de las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión. Volviendo a la ley 26.361, y para que no queden dudas respecto del encuadre legal, se expresa (las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica). Por otra parte, se trata de normas de orden público (art. 65 de ley 24.240, que sigue vigente tras la nueva normativa); que prevalecen frente a cualquier regulación inter-partes. [...] A ese marco se suma la teleología del régimen de la ley 24.441, cuyo Mensaje de Elevación indicó como uno de sus fundamentos el de proporcionar a la sociedad argentina instrumentos jurídicos institucionales aptos para implementar y hacer realidad la cláusula constitucional que impone al Estado asegurar a todos los habitantes el acceso a una vivienda digna. [...] Queda patentizado, en cambio, que si el banco asumió el carácter de fiduciario y beneficiario prioritario de la garantía sobre los bienes fideicomitidos (Ver definiciones del contrato de fideicomiso, a fs. 50vta. y 51 vta.) lo que conlleva

la tarea de administración del emprendimiento (cfr. Lorenzetti, (Tratado de los Contratos) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, Tomo III, p. 308), no pudo dejar de controlar el estado y avance de la construcción; lo que además está previsto como facultad irrevocable en el contrato de fideicomiso (fs. 52 vta. pto 4.2.). Por lo tanto, debe responder por la omisión de este deber y por la no ejecución de la obra. [...] Esta conclusión, por lo demás, comulga con sólida jurisprudencia y doctrina en el sentido de que El banco que se constituyó en fiduciario y principal beneficiario del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora es responsable frente al comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor -en el caso, el predio vendido no contaba con las tareas previstas- pues, por el rol asumido en la operación, debió controlar que los bienes fideicomitados bajo su administración, se encontraran correctamente terminados, o bien hacerse cargo de las eventuales reparaciones (Cám. Nac. de Apelaciones en lo Cont. Adm. Federal, Sala II; 14/06/2005; Banco Hipotecario c. Ciudad de Buenos Aires), con nota de Nicolás Malumán, (El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor), LA LEY, 2005-E, 435. [...]

En proceso decidido por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F (CNCom)(SalaF) del 4 de noviembre de 2014, cuyas partes son Brozzoni, Gabriela Isabel contra Eidicoop S.A., se debate por la demandante la violación por parte de la entidad fiduciaria de la Ley de Defensa del Consumidor, particularmente del artículo 37 de la misma, en tanto diversas cláusulas del contrato de vinculación resultaban abusivas e inoponibles, pues en las mismas se reservaba el derecho a la fiduciaria para que como vocera de un patrimonio autónomo inmobiliario, pudiese dejar sin efecto de manera unilateral el proyecto, devolviendo las sumas abonadas sin réditos de ninguna clase. En síntesis, se resumen los hechos de la demanda así: (i) la demandada fiduciaria, decidió dejar sin efecto un proyecto inmobiliario al cual se vinculó la demandante; (ii) la empresa accionada, en su calidad de fiduciaria en un emprendimiento inmobiliario, no realizó ninguna obra tendiente a la ejecución del contrato y decidió, de manera unilateral, dejar sin efecto el proyecto; (iii) la demandante se vinculó con la fiduciaria a través de un contrato de fideicomiso, por el cual, los fiduciantes-beneficiarios manifestaban su interés en participar en el emprendimiento inmobiliario; (iv) la adquirente recibió una misiva de la fiduciaria por medio de la cual le comunicaba que el proyecto inmobiliario quedaba sin efecto por haberse registrado un significativo desvío

respecto de los costos estimados para la ejecución de la obra; (v) la demandante manifestó que la decisión de dejar sin efecto el proyecto, fue tomada en forma unilateral por parte de la accionada conforme una cláusula del contrato que la facultaba para el efecto, pacto que lo encontraba abusivo y por ende ineficaz a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, y por ende la fiduciaria debía restituir a los beneficiarios los importes que hubiese recaudado, con los respectivos intereses.

La fiduciaria demandada, basó su defensa en las siguientes consideraciones:

[...] negó haber incumplido con las obligaciones asumidas y que la decisión de no ejecutar el emprendimiento haya sido adoptada en forma unilateral, sin consensuarla con los beneficiarios. Manifestó que la mentada decisión fue conocida por todos los suscriptores y que los motivos fueron varios, entre ellos que la Municipalidad de Tigre y las autoridades provinciales les requirieron varias modificaciones, lo que significó un encarecimiento significativo del proyecto, influido entre otros factores por la variación del costo de la construcción; Afirmó que teniendo en cuenta los términos de los contratos de fideicomiso, los mayores costos deberían ser afrontados por los beneficiarios y, tras haber efectuado una ronda de consulta y comprobaron que la mayoría prefería dejar sin efecto la ejecución del proyecto, se habría tomado la decisión de no continuar con la obra; la decisión de cancelar el proyecto habría sido adoptada en interés y por iniciativa de la mayoría de los beneficiarios, destacando, además, que aquellos habrían asumido la obligación de efectuar proporcionalmente los aportes que fuesen necesarios, bajo la modalidad de consorcio al costo, por el cual, la sociedad fiduciaria sólo debía administrar el proyecto que se ejecutaría por cuenta y con cargo a los beneficiarios; adujo que las circunstancias que motivaron la cancelación del proyecto habrían sido sobrevinientes, de naturaleza objetiva y fácilmente demostrables, todo lo cual se le habría indicado a la actora mediante carta documento [...]

En sentencia de primera instancia se niegan las pretensiones argumentando que, al tratarse de un proyecto inmobiliario de un centro comercial, no resultaba aplicable la Ley de Defensa del Consumidor. La sentencia que resuelve la apelación, parte de un análisis general del negocio fiduciario y la actividad

fiduciaria en un desarrollo inmobiliario, haciéndose especial hincapié en la función de administrar correctamente conforme la fides depositaba a las partes por parte de la fiduciaria, pero sobre todo, en la etapa de escrituración y vinculación, incorporando a dichos contratos “*el proyecto o master del plan de obra*”, lo cual no es más que una información previa, oportuna y suficiente como garantía de un verdadero juicio volitivo del consumidor, como obligación en cabeza de la fiduciaria en su gestión de administración. Se plantea en la sentencia al respecto que:

[...] En el contrato de fideicomiso inmobiliario, una persona (Fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria (Bienes) a otra persona (Fiduciario). La función de éste último es administrar esos bienes para que se lleve adelante el emprendimiento inmobiliario en beneficio de otros, quienes reciben los beneficios de la propiedad fiduciaria o son los destinatarios finales de los bienes fideicomitidos (Beneficiarios o Fideicomisarios), respectivamente. Es por ello que, el fiduciario debe actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios por la confianza depositada en él, de lo contrario, cabría responsabilidad civil por el incumplimiento de la manda. Es claro entonces que todo fideicomiso en su esencia importa un negocio de confianza (fidei) en el fiduciario para que cumpla con el encargo establecido (fines del fideicomiso). Este cumplimiento del encargo trae aparejado, además, la obvia necesidad implícita de “administrar” el activo fideicomitido en aras de ejecutar lo acordado contractualmente. Por ello, todo fideicomiso, cualquiera sea su objeto o finalidad genera la obligación del fiduciario de administrar correctamente (como un buen hombre de negocios). [...] Finalizada la obra y afectada al Régimen de Propiedad Horizontal, se transmite el dominio de las unidades que correspondan a cada uno de los beneficiarios (v. apartado VI, B pto. 18 y c del contrato copiado en fs. 258/259). En este tipo de fideicomiso debe distinguirse el fiduciante originario de aquellos terceros que financian la obra con sus aportes, sea como fiduciantes/ beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como simples adquirentes/ beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, resultando en este caso indispensable la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de la obra como anexo del contrato. Y no solamente en protección de los intereses de los beneficiarios por compra de las unidades, sino también de los propios fiduciantes, para que puedan exigir al fiduciario el cumplimiento del encargo. [...] Su objeto debe estar claramente determinado, como así también en el propio interés del fiduciario puesto que mientras mayor sea su discrecionalidad posible, mayor será su responsabilidad en función del objeto. En muchos casos, al firmar el boleto de compraventa o el contrato de adhesión como fiduciantes al fideicomiso previamente constituido, ni siquiera se les entrega una copia del contrato de fideicomiso al cual adhieren, como para que mínimamente sepan las condiciones de su adhesión, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios,

situación que se agrava en los supuestos en que el proyecto de obra y sus especificaciones técnicas no integran el contrato. [...] Así, se ha sostenido que la seguridad del contrato de fideicomiso para los beneficiarios depende de la seguridad del negocio subyacente, de la confiabilidad que le inspire el fiduciario en su capacidad de gestión, y principalmente de la regulación específica en el contrato de las facultades y deberes del fiduciario en función del objeto, como así también de las formas de control del fiduciante y los beneficiarios sobre la gestión del fiduciario, y de los mecanismos de solución de contingencias que puedan suscitarse durante la vigencia del contrato [...]

Continuando con esta línea, el sentenciador frente a la cláusula que pretendía aplicar la fiduciaria para no continuar con el desarrollo inmobiliario de forma unilateral y además devolver los dineros pagados sin réditos sobre el capital, arguye que en estos casos es plenamente aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que [...] admitir la aplicación literal del dispositivo contractual repugna la correcta interpretación de la relación entablada y conduce, es de toda evidencia, a permitir el inadecuado desplazamiento del riesgo asumido por el fiduciario, quien, de otro modo, se erigiría en exclusivo gestor del patrimonio ajeno sin afrontar las consecuencias que su decisión podía acordar y sin asumir responsabilidad alguna por el fracaso del emprendimiento [...].

En otro debate diverso, decidido por la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, se ventila una causa cuya génesis parte de la estructuración de sendos documentos de exoneración de responsabilidad y de variación unilateral de las condiciones de un proyecto constructivo por parte de la fiduciaria, plasmados en contratos de preventa y firmados con el consumidor, a quien se le trasladan los mayores costos sin posibilidad de rechazo, so pena de ser rescindidos los contratos. Así las cosas, se abordan como problemas jurídicos: (i) la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor; (ii) las cláusulas de adhesión y abusivas; (iii) del deber de información de la fiduciaria conforme la Ley de Defensa del Consumidor; y (iv) la responsabilidad directa de la fiduciaria por el proyecto constructivo en su calidad

de vocero y administrador del patrimonio autónomo conforme la Ley de Defensa del Consumidor. En sentencia del 31 de julio de 2013, la Cámara decide el proceso abordando los problemas jurídicos, decidiendo dar lugar a la causa y proteger los derechos del consumidor inmobiliario.

Respecto de la normatividad aplicable y la especial protección que tienen los adquirentes finales de las unidades inmobiliarias que no son parte del contrato que dio lugar a la fiducia, se sostuvo que:

[...] Estos fideicomisos inmobiliarios, sean de garantía o de administración, aún no financieros, son formas instrumentales jurídicas que ofrecen mayor seguridad y menores riesgos que otras formas asociativas para determinados negocios jurídicos, reduciendo fundamentalmente y de manera significativa el riesgo del inversor. [...] En este tipo de fideicomiso debe distinguirse el fiduciante originario de aquellos terceros que financian la obra con sus aportes, sea como fiduciantes/beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como simples adquirentes/beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, resultando en este caso indispensable la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de la obra como anexo del contrato. Y no solamente en protección de los intereses de los beneficiarios por compra de las unidades, sino también de los propios fiduciantes, que tanto unos como otros, para que puedan exigir al fiduciario el cumplimiento del encargo, éste debe estar claramente determinado, como así también en el propio interés del fiduciario puesto que mientras mayor sea su discrecionalidad posible, mayor será su responsabilidad en función del objeto. [...] Mayor protección incluso requiere los terceros de buena fe que para la adquisición de un departamento, por ejemplo, participan como beneficiarios del fideicomiso, en el mejor de los casos como compradores, pero en muchos como fiduciantes; es decir, como inversores de la construcción del edificio al costo, con derecho a la participación de los beneficios en un porcentaje total de la obra traducida en una o más unidades que les corresponda. [...] La protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando este resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas. [...] En este último escenario, el estatuto del consumidor será aplicado al fideicomiso, sin importar el esquema utilizado: adquisición de unidades mediante boleto de compraventa con el fiduciario, o mediante incorporación como fiduciante-beneficiario. [...] El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato. [...] Por ello, en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una

unidad "habitacional" la relación será claramente de consumo. [...] La ley de defensa del consumidor, al incorporar en la nueva reforma expresamente los "negocios inmobiliarios", categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad. [...] Delineados estos conceptos, y bajo el prisma de la ley N° 24.240, que resulta aplicable a la presente causa, analizaremos el contrato celebrado para determinar si la acción resulta procedente. [...]

Descendiendo a la resolución del litigio, se estima que si bien el negocio fiduciario en los esquemas constructivos tiene especiales características, el mismo no puede prevalecer sobre la finalidad típica del negocio, que en definitiva es la terminación y entrega de las unidades constructivas en los términos ofrecidos al público. La información al consumidor se torna en un elemento relevante para decidir el proceso, en tanto que no puede trasladarse al adquirente la falta de previsión de las condiciones técnicas del proyecto por los miembros organizadores del proyecto, dentro de los cuales se encuentra la entidad fiduciaria. Para concluir, la Cámara de Apelaciones sin dubitación, resaltando la importancia del derecho de consumo, que apareja la aplicación de principios a su favor, sostiene:

[...] Por último, y en cuanto a la interpretación del contrato, debe hacerse a favor del consumidor, más aún cuando de las cláusulas del contrato acompañado por la actora, no surge que las medidas consignadas de los departamentos y demás unidades funcionales, revistieran el carácter de aproximadas o sujetas a las variaciones de la medición final. [...] Concluimos, por tanto, en la validez de los instrumentos cancelatorios extendidos por la demandada, lo que torna improcedente la excepción de incumplimiento por cuyo rechazo se agravia, y la pretensión de aplicación de normas específicas por tratarse de un fideicomiso, por cuanto como se dijo el derecho de defensa al consumidor atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico, debiendo prevalecer la interpretación más favorable al mismo. [...]

Para finalizar este punto, la jurisdicción contencioso administrativo de la Argentina también ha tenido oportunidad de abordar el tema. En proceso decidido en sentencia del 9 de mayo de 2017, por la Cámara de Apelaciones en lo

Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resuelve una acción promovida por el Banco Hipotecario de la Ciudad de Buenos Aires en contra de La Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, dado que esta entidad le impuso una sanción de multa en calidad de fiduciaria por violación de los contenidos de la publicidad, de los requisitos mínimos en los contratos de venta y protección contractual y vicios o desperfectos en la cosa, consagrados en los artículos 8, 10 y 18 de la Ley de Defensa del Consumidor. Lo interesante del caso, tal y como ocurre en Colombia, es que la defensa de la fiduciaria se afincaba en que al estructurarse el negocio a través de un contrato de fiducia, dicha entidad no respondía con su patrimonio y de forma directa sino con los bienes fideicomitidos, y adicional a ello, la ley de Defensa del Consumidor no le era aplicable en su calidad de vocero de dicho patrimonio de afectación, pues era la Ley 24.441 su régimen de regulación, a la par que su compromiso en el acto constitutivo se circunscribía al recaudo de las cuotas de adquisición.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo toma una decisión contundente frente a las previsiones esgrimidas por la fiduciaria, dando paso a la aplicabilidad plena de la Ley de Defensa del Consumidor de cara a la actividad de la fiduciaria y su responsabilidad directa, teniendo en cuenta, además de su nivel de participación, el hecho de que si bien las normas que disciplinan el contrato de fiducia prevén una separación patrimonial, lo cierto del caso es que tratándose de su relación con el consumidor, no pueden abrirse paso a soluciones insubstanciales, puesto que lo que se juzga, es el cumplimiento de las normas contenidas en la Ley 24.240 por quienes estaban relacionados en la operatoria económica de la construcción y venta de viviendas, y no la responsabilidad civil derivada del contrato de fiducia. Obsérvese lo dicho:

[...] el Banco no se limitó a otorgar una línea de crédito, sino que asumió cualidades que, en cierto punto, exceden ese marco (vg. el cobro de comisiones, la aprobación de los planes de venta, las facultades para evaluar la calidad técnica

de la obra, etc.). Es, en ese contexto, que la cláusula por la cual se pretende eximir de responsabilidad (en el "convenio de preventa") aparecería, eventualmente, carente de efecto frente al consumidor [...] no se trata de juzgar la responsabilidad civil del fiduciante, sino su vinculación en el negocio jurídico de modo de evaluar si a su parte le es imputable, en algún punto, el incumplimiento a las previsiones de ley n° 24.240. Y, en tal aspecto, no puede negarse que sus facultades para supervisar la calidad técnica de la obra y el cumplimiento de los plazos contractuales, aprobar los planes de venta y ser quien —en definitiva— estaba legitimado para transferir el bien; no lo desligan de la operatoria, considerada ella de manera integral [...] la entidad financiera poseía el carácter de titular del bien, cierto es que con los alcances de la ley n° 24.441, pero sin que ello incida, de modo decisivo para desvirtuar su responsabilidad frente al consumidor por las deficiencias del mismo al ser el único legitimado para transmitir su dominio [...] No puede dejar de señalarse que la relación jurídica entre la constructora y el Banco no puede hacerse extensiva al consumidor, en razón del efecto relativo de los contratos (art. 1195 del Código Civil). En ese contexto, en el que además era la titular fiduciaria y quien transfirió el bien, y que —a su vez— le asistían facultades de contralor sobre la calidad y cualidad de la ejecución de la obra; se hace nítido su deber de ajustar su proceder a los términos acordados y publicitado. [...] Tampoco la cuestión recibiría un tratamiento diverso por aplicación de los arts. 14, 15 y 16 de la ley n° 24.441, ya que aun cuando en el fideicomiso se estableciera la existencia de un patrimonio separado y un régimen específico de responsabilidad patrimonial frente a los terceros, no es ese el punto que se debate en la emergencia, sino —por el contrario— si quienes estaban relacionados en la operatoria de construcción y venta de las viviendas, dieron cumplimiento a las obligaciones que impone la ley n° 24.240. Muy distinto es, por tanto, elucubrar acerca de hasta dónde lleva el régimen de responsabilidad civil en un contrato de fideicomiso, que hacerlo con respecto a las facultades sancionatorias que, en todo caso, cabe por el incumplimiento de las reglas que procuran un sistema de garantías para el consumidor, ya que éste limita su conducta a asentir con las cláusulas predispuestas. Esto, sin tener siquiera un conocimiento claro y preciso del vínculo existente entre los diversos componentes de la operatoria. Por otra parte, y a mayor abundamiento, debe señalarse que como puede colegirse de la detenida lectura de los documentos allegados, el Banco Hipotecario gozaba de amplias facultades para determinar, en varios aspectos, la conducta de la empresa constructora, y así también las cláusulas contractuales a las que estaba sujeto, en última instancia, el consumidor [...] en primer término, no se trata de dilucidar la responsabilidad civil del Banco frente a terceros en el marco de un fideicomiso sino si se incumplió con las previsiones de la ley n° 24.240. Dejando sentado, además, que de la ley n° 24.441, en ningún momento se sigue que la entidad financiera, por ser simplemente titular del "dominio fiduciario", no sea responsable frente al comprador [...]

Como colofón, podemos decir que en Argentina al igual que en Colombia, se suscita el mismo debate en cuanto a la inserción del régimen contenido en la Ley de Defensa del Consumidor a la actividad fiduciaria como una obligación directa

en su gestión. Disímiles posiciones se han forjado frente al tema, pero gran parte de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que si bien es una difícil tarea por la estructura típica del negocio de fiducia, que supone un actuar del fiduciario como vocero de un patrimonio autónomo y no en su propio nombre, además de pertenecer a un sector específico regulado por la Ley 21526 y por estar controlada y vigilada por el Banco Central, lo cierto es que al margen de ello, el consumidor inmobiliario tiene un estatus constitucional derivado del artículo 42 de su Carta Política, que tiene la directa finalidad de equilibrar la relación frente al poder económico y la libertad de disposición de los contenidos negociales, siendo uno de sus fundamentos el de propiciar instrumentos jurídicos aptos para implementar y hacer realidad las cláusulas constitucionales que imponen al Estado asegurar a todos los habitantes, el acceso a una vivienda digna.

Conforme lo dicho, si bien no se discute que el fiduciario actúa en su calidad de vocero de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad y conforme las instrucciones vertidas en el acto constitutivo, en muchas oportunidades *“es la fiduciaria quien inviste el rol más importante de la operatoria concebida como una unidad lógica motivada por la función económico – jurídica única”*, y es por ello que de cara al consumidor, le asisten los deberes y obligaciones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor. Por demás, la jurisprudencia ha entendido que si bien la fiduciaria en su actuar está regulada por la ley financiera, no existe óbice ni norma alguna que la excluya del ámbito de aplicación de la Ley 24240 *“si su participación, operatoria o negocio jurídico, se anuda con quien reviste la condición de consumidor”*.

2.1.5. Síntesis de las vertientes de responsabilidad, y conclusión respecto de la aplicación de la Ley 1480 de 2011 al régimen de responsabilidad en desarrollos inmobiliarios.

Como se expuso en las notas introductorias, la interpretación frente a los conflictos que se suscitan entre una entidad fiduciaria y un consumidor en el marco de desarrollos inmobiliarios, no es pacífica. No existe unicidad de criterio en torno al régimen normativo que debe reglar dicha relación y, por el contrario, se puede decir que los razonamientos jurídicos, se hallan divididos. Lo anterior, dado que la operación jurídica económica subyacente se estructura a través de una típica figura contractual regulada en el Código de Comercio que data de 1971 antes de la expedición de la Carta Política de 1991 que cambia el enfoque liberal individualista de dichas instituciones. De esta forma, cierto sector sigue concibiendo las reglas del negocio jurídico de fiducia bajo el tradicional derecho de los contratos de carácter común y de estirpe liberal.

Luego como puede verse del desarrollo expuesto, existe otra línea que entiende que el derecho de contratación privada ha superado estas barreras típicas de la tradición jurídica, para abrirse paso a unas nuevas formas de pensamiento. Así, en lo que respecta a la estructuración de proyectos inmobiliarios desarrollados a través del contrato comercial de fiducia, se sostiene que todas las disposiciones y conceptos que lo estructura, deben tener un enfoque de interpretación a la luz de los principios tuitivos de la Carta Política de protección a consumidores y usuarios, estado social de derecho, vivienda digna, protección a la familia y dignidad humana.

Se ha entendido en este sentido frente a la figura típica del negocio comercial de fiducia, que si bien tiene una estructura y reglas propias como lo son: la gestión de negocios ajenos en cabeza de la fiduciaria; el surgimiento de un patrimonio

autónomo; y la propiedad instrumental, ello no es óbice para que dicha entidad escape del conjunto de reglas que le son propias, pues su actividad como profesional y la confianza depositada por el público, entraña un deber de *“máxima y ubérrima protección”*, según el cual en su actividad *“se integran todas las normas protectoras del individuo y la sociedad”*, que de suyo y con mayor razón son las protectoras del consumidor consignadas en la Ley 1480 de 2011, pues estas van a ser los supuestos mínimos protectores que a su vez son fundamento necesario para la garantía de otros derechos y principios de raigambre constitucional. Así, el que existan reglas propias de un negocio comercial y una regulación propia para un sector que participa con un consumidor de un bien y servicio, no puede significar en modo alguno, que dicha normativa habilite para definir, sustituir o desconocer la teleología constitucional y legal en materia de consumo.

Subyace de los planteamientos anotados, que la operación jurídica económica estructurada a través del contrato de fiducia mercantil, es *“un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por todo su conjunto de elementos”*, de donde la conexidad contractual que derivará en conexidad normativa, va a ser una categoría jurídica interpretativa fundante para considerar la plena aplicación del Estatuto General de Protección al Consumidor, y es por ello que esta normativa va a ser marco regulatorio y protector en todo ese iter contractual desde la etapa previa de preventas hasta la etapa de escrituración, entrega, liquidación y garantía. Conforme esta nueva concepción moderna de los contratos, la actividad fiduciaria en estos esquemas y dependiendo de su rol y su grado de participación, va a estar permeada de las normas de la Ley 1480 de 2011 como derivación de un mandato constitucional que se imbrica en los supuestos normativos concebidos en nuestros códigos.

En estos esquemas, si bien se acepta plenamente la estructura típica tripartita del negocio judicial – Fideicomitente – Fiduciario – Fideicomisario –, se resalta que ante tan innegable realidad socio jurídica, se debe reconocer que aun cuando en muchos casos este tercero consumidor se vincula casi a ciegas aceptando en bloque, los efectos del negocio comercial previsto entre los profesionales constituyente y fiduciario, mal pueden extenderse a él sin más consideraciones, pues se resalta que el mismo se encuentra en una real posición asimétrica donde la normativa General de Protección al Consumidor entra a equilibrar la balanza.

Para finalizar, vale la pena resaltar tan plausibles conclusiones de la jurisprudencia y doctrina argentina en las que se arguye sin vacilación que *“El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato”*, de donde prevalece la sustancia y no la forma en pro de integrar de forma coherente con su Carta Política, la Ley de Defensa del Consumidor con miras a una protección real e integral del tercero adquirente, conclusión perfectamente amoldable a la realidad jurídico negocial colombiana, en tanto las máximas constitucionales convergen en este especial tópico.

3. LA LEY 1480 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA OBLIGACIONAL DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS COMO VOCERAS DE LAS LLAMADAS FIDUCIAS COMPLETAS EN DESARROLLOS INMOBILIARIOS

3.1 – EJES AXIALES FUNDAMENTO DE UNA INTEGRACIÓN NORMATIVA DE REGÍMENES – SECTOR FINANCIERO Y ESTATUTO GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

3.1.1 La Ley 1480 de 2011 como régimen normativo integrado a la actividad fiduciaria.

El ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 a los múltiples sectores en que se desenvuelve la economía nacional, y en particular a aquellos en que existe alguna regulación especial, como el financiero, es uno de los temas que ha suscitado gran parte de las controversias en la materia y que de suyo ha generado mayores dificultades para el consumidor final de bienes y servicios en el momento de estructurar su negocio, de reclamar su incumplimiento y de acudir a la jurisdicción en aras de una solución pronta y efectiva.

Si bien el proyecto que antecedió el actual Estatuto del Consumidor propendía por adecuar los contenidos del entonces Decreto 3466 de 1982 a las nuevas realidades jurídico económicas y, en particular al artículo 78 Superior, para entre otras cosas integrar y condensar toda la materia en sólo cuerpo normativo; lo cierto es que el texto final contenido en el inciso del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 por su redacción, en vez de procurar un entendimiento diáfano para el consumidor y el operador jurídico, generó mayor confusión y dicotomía de criterios de suyo antagónicos, lo que no ha permitido una pacífica, correcta y armónica aplicación de todas las normas que conforman el régimen de consumo en

Colombia. La exposición de motivos del proyecto de ley frente al objeto y ámbito de aplicación disponía lo siguiente:

[...] Las disposiciones del proyecto de ley tienen por objeto regular los derechos y las obligaciones surgidas en el territorio colombiano con ocasión de los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, la responsabilidad por producto defectuoso y el funcionamiento de las organizaciones de consumidores. Lo anterior implica que sus normas son aplicables, por igual, a todos los sectores de la economía [...]

Como se puede observar, el proyecto era claro al indicar que las normas del estatuto se aplicaban por igual a todos los sectores de la economía con el fin de unificar toda la normativa al encontrar que la abundancia de legislación frente al tema, dificultaba el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores¹⁰⁸.

Al final, y luego de diversos debates en torno al texto que debía incluirse para regular el ámbito de aplicación de la ley, que dio lugar a la proposición de cambios que incluso planteaban dar prevalencia de forma excluyente y preferente a los regímenes particulares, se concilió incluyendo el adjetivo “*suplementariamente*” para los sectores en los cuales existiere normativa especial. El texto aprobado fue el siguiente:

Art 2º - Objeto. Las normas de esta Ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta Ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista

¹⁰⁸ [...] la multiplicidad de disposiciones que a través de los años se han venido dictando sobre la materia, hace aún más difícil la correcta y armónica aplicación de sus ordenamientos [...] La abundancia de legislación sobre el tema dificulta el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores, así como la aplicación de las normas por las autoridades públicas con competencias. Un ordenamiento que integre todos los aspectos que tienen que ver con la defensa y protección de los derechos de los consumidores, permitirá desarrollar una cultura sobre el consumo [...]

regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.

Una interpretación literal del aparte que dispone: “*y suplementariamente las normas establecidas en esta ley*”, ha propiciado que diversos sectores como el financiero y particularmente el fiduciario, adopten la posición según la cual el régimen que disciplina su actividad, al margen de que su interacción contractual sea directamente con un consumidor de bienes materiales, va ser el consignado en las disposiciones financieras de forma excluyente a las del Estatuto General de Protección al Consumidor. Lo anterior se puede ver reflejado, entre otros, en concepto del año 2018 de la Superintendencia Financiera¹⁰⁹ en el que se plantea lo siguiente:

[...] Así las cosas, es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema. En ese orden de ideas, para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor [...] Ahora bien, haciendo especial mención a los consumidores financieros, la Ley 1328 de 2009 y la Circular Externa 015 de 2010 contenida en el Capítulo XIV del Título I de la Circular Básica Jurídica, dictan los lineamientos frente a los derechos y obligaciones de los consumidores financieros, que permitirán ejercer buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros y derivada de la misma, una efectiva protección a sus derechos. Lo anterior indica que, respecto de los conflictos que se puedan generar entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y las personas, en primer lugar, se recurrirá a la Ley 1328 de 2009 y en caso de existir regulación especial respecto del conflicto, se recurrirá a la Ley 1480 de 2011 [...] Analizados dichos términos, se puede determinar que no son aspectos respecto de los cuales la responsabilidad directa se predique de las sociedades fiduciarias que ejercen el rol de fiduciarias en las fiducias inmobiliarias de administración y pagos; lo anterior en

¹⁰⁹ Superintendencia Financiera. Concepto del 10 de septiembre de 2018. Radicado: 2018083144-006-000.

el entendido que la responsabilidad que atañe a las sociedades fiduciarias en su rol de fiduciarias, son de medio y no de resultado y, por lo tanto, responderán hasta por culpa leve en el desarrollo de su gestión, es decir, las que no garantizan la consecución de un resultado concreto. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – artículo 29, numeral 3 – que consagra como prohibición general que *“los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la Ley”* [...] En consideración a las respuestas dadas con anterioridad en las cuales se ha puesto en su conocimiento que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, le manifestamos que respecto de los contratos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos el régimen de información y publicidad está consagrado en el capítulo I, título III, parte I, de la Circular Básica Jurídica. En consecuencia, se podría decir que el régimen de qué trata la Ley 1480 de 2011, no sería aplicable [...] En conclusión y de conformidad con lo señalado anteriormente, no será aplicable el régimen de información y publicidad consagrado en la Ley 1480 de 2011 a las sociedades fiduciarias, pues el régimen de información que atañe a las mismas es el establecido en la Ley, y en la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia Financiera. [...] En consideración a su interrogante, le manifestamos que la aplicación de la Ley 1480 de 2011 en un esquema de fiducia inmobiliaria de administración y pagos en el cual la entidad fiduciaria actúa, no depende o se determina del grado de participación que pueda tener la misma dentro del proyecto; la aplicación de la Ley 1480 de 2011 será necesaria cuando al revisar de la Ley 1328 de 2009 no regule de manera integral la situación en disenso, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor. [...]

Aceptar esta posición haría inane el verdadero fin constitucional de protección a consumidores y usuarios contenido en la Carta Política, así como la teleología progresista de la Ley 1480 de 2011 frente a este derecho colectivo. De contera, la discusión que se planeta se tornaría sin sentido, por ende, el primer tópico cardinal que se hace necesario abordar como punto de partida, es cómo la Ley 1480 de 2011 se imbrica de forma armónica - no excluyente - y bajo el principio de favorabilidad, a todas estas normas particulares dispersas. Lo anterior a partir de las siguientes premisas: (i) Una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución del ámbito de aplicación regulado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011; y (ii) La conexidad contractual y las redes contractuales como instituciones hermenéuticas de convergencia normativa - *la construcción y adjudicación de la*

unidad inmobiliaria al consumidor como causa supracontractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia.

3.1.1.1 Una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución del ámbito de aplicación regulado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011.

Las relaciones entre sujetos que participaban en el mercado a través de los vehículos contractuales típicos o atípicos dispuestos según las reglas consignadas en los Códigos Civil y de Comercio antes de la Constitución de 1991, estaban fundadas en principios propios del liberalismo económico, en donde independiente de la posición o categoría contractual del sujeto, – v.gr. productor, vendedor, comprador, consumidor, adquirente –, la relación se concebía en un plano de igualdad¹¹⁰.

El contrato comercial de fiducia regulado en el Código de Comercio que data del año 1971, pero cuyo antecedente se remonta a los años 1918 y 1923 con la expedición de la Leyes 51 y 45, es una de estas instituciones tipificadas en el marco de un mercado simétrico, en donde para cualquier contratante, independiente de su cualificación o necesidad, estaban dispuestas ciertas acciones de protección – v.gr. acciones por saneamiento por vicios redhibitorios, vicios ocultos, lesión enorme, resolución contractual –. Para dicha época, no existía un decálogo particular y general de protección del consumidor y menos aún que este tuviese un especial estatus constitucional de protección. Sólo hasta el año 1982 se expide el primer cuerpo normativo que de forma particular regula la materia y recoge esta nueva realidad socio económica de los mercados. Si bien se reconoce que a partir de este momento se avanza enormemente en la materia y se genera una gran contribución a los posteriores cambios legales y constitucionales, lo cierto es que se torna incipiente en la real dimensión que

¹¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-749 de octubre 21 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

ameritaba la materia, y ello es así entre otras cosas, porque fue desarrollado bajo una constitución en donde la protección de consumidores y usuarios no se concebía como principio constitucional base del ordenamiento jurídico.

Se tiene entonces que el fideicomiso comercial fue regulado como negocio típico bajo un régimen constitucional de *estado de derecho*, en donde los principios constitucionales no se ocupaban del tema de la protección de los derechos de los consumidores; y aunado a ello, el primer estatuto de protección al consumidor, que se involucra con las demás normas en el desarrollo de esta institución típica comercial, también fue inspirado y cimentado en las mismas reglas liberales, el cual tuvo vigencia, aun luego de expedida la Constitución de 1991, por 29 años.

La Constitución de 1991 trae consigo un gran cambio en la estructura de los mercados y la contratación privada, pues todo el sistema normativo vigente a partir de la misma, se instituye bajo la máxima del *estado social de derecho*, que [...] se centra en la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto¹¹¹ [...], y en el valor de la solidaridad que entiende la libertad económica como [...] la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona [...] en pro de generar una sociedad más justa y solidaria¹¹² [...]. Uno de los grandes avances y principios constitucionales que materializaran el concepto *social* del estado de derecho, fue la consagración expresa en el artículo 78 Superior de los derechos de consumidores y usuarios, a quienes se les eleva a un estatus constitucional, entendiendo su condición de inferioridad dentro de los mercados, y la necesidad de adecuar las reglas y la intervención del Estado en pro de garantizar otros derechos de raigambre constitucional como el derecho a la salud, seguridad, información, vivienda, entre otros.

¹¹¹ Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994.

Se reconoce casi de consuno en diferentes escenarios académicos y doctrinales, que el sistema contractual y sus principios tradicionales, aunque vigentes, deben estudiarse con un enfoque diferente, armonizados a la luz de los principios constitucionales. Se destaca en este punto lo expuesto en la publicación hecha por Verónica María Echeverri Salazar en la revista Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín, en la que se subraya el cambio sustancial del derecho privado desde las perspectivas de *Estado de Derecho* o de *Estado Social de Derecho*:

[...] En la Constitución colombiana de 1991, en el capítulo correspondiente a los derechos colectivos, se consagró en el Artículo 78 la protección de los derechos de los consumidores. En él se establecieron significativos principios, que han sido muy importantes en aras de establecer un nuevo tipo de derecho, los cuales entran a modificar de manera significativa algunos de los fundamentos tradicionales del derecho privado. Temas como el de la autonomía de la voluntad privada, la relatividad de los contratos, la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos, la intervención por parte del Estado en actividades típicamente mercantiles, a través de la inspección y vigilancia, han variado de manera importante. El precepto mencionado debe estudiarse en concordancia con el Artículo 135 de la misma Constitución, que consagra el derecho a la igualdad, y al mismo tiempo establece para el Estado la obligación de velar porque se generen condiciones para que la misma no sea únicamente de carácter formal, sino también material. Para ello, se debe proteger de manera especial a los grupos que se consideren débiles, lo cual constituye una discriminación de carácter positivo. [...] Las normas de protección a los consumidores implican una revisión a los postulados básicos de la contratación tradicional, limitan el alcance de los acuerdos entre particulares y generan una intervención del Estado en los contenidos de los contratos. En consecuencia, la figura del consumidor se ha convertido en la posibilidad de que el discurso constitucional impacte el área del derecho privado, que ha sido hasta ahora la más resistente frente al mismo. En el contrato, a través de la protección que se brinda a un sujeto particular, se ve el impacto del paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho [...]¹¹³

¹¹³ Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor. Una mirada a la Ley 1480 de 2011. Algunos fundamentos para la protección del consumidor. Pág. 42. Verónica María Echeverri Salazar. <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf>

No obstante este cambio estructural que trajo la Carta Política, el desenvolvimiento del mercado en el ámbito de consumo siguió disciplinándose por un estatuto insuficiente en términos de la nueva dogmática constitucional y de la evolución acelerada en los mercados. Este atraso en términos de adaptación de la legislación a la nueva realidad jurídica, que reclamaba contar con un estatuto marco integral de protección al consumidor que sirviera como eje estructural transversal, trajo consigo la proliferación de regímenes particulares en determinados sectores y materias, muchos de ellos justificados por la necesidad de adoptar reglas especiales y necesarias, tal como ocurrió con los sectores financiero¹¹⁴, servicios públicos domiciliarios¹¹⁵, sector salud¹¹⁶, sector turismo¹¹⁷, telefonía móvil¹¹⁸, transporte aéreo¹¹⁹, entre otros. A lo que condujo esta multiplicación y dispersión normativa, fue a generar en muchos casos reglas protectoras antagónicas entre sí (incluso respecto del estatuto general de protección al consumidor vigente para dicha época), lo que derivó en problemas de interpretación, de protección integral al consumidor, de igualdad, de dificultad en el ejercicio del derecho y de desarmonización del sistema de protección al consumidor.

Veintinueve años después de expedido el primer estatuto del consumidor en Colombia y veinte años luego de elevarse el derecho de los consumidores y usuarios a rango constitucional, se expide la Ley 1480 de 2011, que desde la radicación del proyecto de ley en el seno del Congreso de la República, tuvo la marcada finalidad de actualizar el estatuto en respuesta a los cambios comerciales y a la nueva concepción constitucional, de tal forma que se lograra la unificación del régimen de consumo dada la proliferación dispersa de normas, creando un

¹¹⁴ Ley 1328 de 2009, Circular Externa 015 de 2010, Circular Básica Jurídica 029 de 2014 y Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹¹⁵ Ley 142 de 1994 complementado con las resoluciones CREG y CRA.

¹¹⁶ Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011.

¹¹⁷ Leyes 300 de 1996 y 1558 de 2012.

¹¹⁸ Resolución 3066 CREG.

¹¹⁹ Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

sólo sistema de protección que regulara aspectos sustanciales, procesales y de participación, tales como los derechos básicos y generales; los principios de protección al consumidor; las definiciones y ámbito de aplicación; la calidad, idoneidad y seguridad; las obligaciones de información y publicidad; la protección contractual, aspectos procedimentales e institucionales; y el subsistema nacional de calidad y mecanismos de participación. En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Representante a la Cámara Simón Gaviria Muñoz, se deja consignado que:

[...] La anterior norma, que tiene 25 años de vigencia, no es suficiente para regular los cambios comerciales producto de la apertura económica y de la competencia internacional generada por la misma. Las relaciones del mercado y del consumo de bienes y servicios se ha globalizado y efecto de ello, el país se quedó corto en el fortalecimiento del sistema jurídico y de garantías para defender los derechos de los consumidores. [...] La Constitución Política de 1991 consagra disposiciones claras, tendientes a salvaguardar los derechos y prerrogativas de los consumidores. Es así como se contempla en el Capítulo III, “De los derechos colectivos y del ambiente”, artículo 78, primer inciso que: “La Ley regulará el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”. [...] El nuevo marco jurídico genera la necesidad de articular la relación existente entre consumidor, productor, proveedor que garantice la existencia de mecanismos jurídicos expeditos para la protección de sus derechos. [...] **1. Adecuación a la nueva organización económica** [...] Desde la expedición del Decreto 3466 de 1982 y una vez puestas en práctica sus disposiciones, se torna evidente la necesidad de adecuar su contenido a las nuevas realidades a las que se enfrenta el consumidor. [...] El Decreto 3466 de 1982 fue expedido por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias establecidas en la Ley 73 de 1981 en respuesta a las necesidades de los consumidores de ese momento. El estatuto fue concebido para una economía cerrada y bajo una concepción del Estado eminentemente proteccionista. [...] A partir de la decisión de abrir la economía a la competencia internacional, el escenario del mercado interno varió sustancialmente, no sólo por el nuevo flujo de bienes y servicios producidos por las demás economías del mundo, sino también por el establecimiento de modelos de desarrollo y crecimiento basados en el conocimiento y la generación de ventajas competitivas. [...] Esta nueva organización del mercado hace necesaria la modificación y actualización del estatuto a las nuevas realidades. Si bien el decreto 3466 cumplió con la función encomendada, es evidente la necesidad de expedir nuevas normas que respondan a la realidad a la cual se enfrenta el consumidor y que se ajuste a las nuevas condiciones del mercado. [...] **2. Unificación normativa** [...] Adicional a todo lo anterior, encontramos que la multiplicidad de disposiciones que a través de los años se han venido dictando sobre la materia, hace aún más difícil la correcta y armónica aplicación de sus ordenamientos [...]

La abundancia de legislación sobre el tema dificulta el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores, así como la aplicación de las normas por las autoridades públicas con competencias. Un ordenamiento que integre todos los aspectos que tienen que ver con la defensa y protección de los derechos de los consumidores, permitirá desarrollar una cultura sobre el consumo. [...] El estatuto de defensa del consumidor ha sido concebido como una normatividad en la cual se consagran los principios generales aplicables a todos los actores que interactúan en el mercado del consumo. Lo que se persigue con la expedición de este proyecto de ley, es la creación de un solo sistema de protección al consumidor que cubra todos los ámbitos del quehacer económico. Se ha considerado que no deben existir reglas distintas para cada ámbito o sector ya que ello, además de generar confusión entre las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas, va en detrimento del consumidor quien debe enfrentarse a normatividades y entidades diferentes [...] Conscientes de las diferencias existentes entre las relaciones de todos los actores del consumo de cada sector, la actualización contempla la posibilidad de expedir reglas específicas que regulen las particularidades de cada ámbito. En todo caso, éstas últimas deberán estar en consonancia con los principios generales señalados en el estatuto 3466 de 1982. [...] **4.1.2. Principios** Se consagran en el proyecto de ley una serie de principios básicos en cabeza de los consumidores que pueden reclamar ante los productores o proveedores o ante las autoridades públicas que tengan competencia en la materia. Lejos de consagrar cláusulas meramente retóricas se contemplaron prerrogativas efectivas a cargo de todos los consumidores. Así mismo, se contemplan deberes para los consumidores¹²⁰ [...]

Pese a la marcada finalidad unificadora e integradora perseguida en el proyecto desde la ponencia para primer debate y la exposición de motivos consignada en la radicación del mismo¹²¹, el texto no guardó la misma coherencia, puesto que dispuso que no se aplicaría a los sectores de la economía respecto de los cuales existiere regulación especial, lo cual tuvo una ardua discusión en el Congreso de la República, por cuanto el estatuto estaba orientado a la *“la creación de un solo sistema que cubra todos los ámbitos del quehacer económico”*¹²² cuyas normas

¹²⁰ <<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/252-por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-se-dictan-otras-disposiciones>>

¹²¹ <<http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-dictan-otras-disposiciones-estatuto-del-consumidor/5960/#tab=2>>

¹²² Gaceta del Congreso, Senado de la República, N° 502 de agosto 5 de 2008, págs. 16 y 17. Tomado de Corte Constitucional Sentencia C – 909 de 2012.

serían aplicables “*por igual, a todos los sectores de la economía*”¹²³. Finalmente, el texto conciliado acoge las sugerencias hechas al proyecto, quedando el artículo segundo del texto definitivo del proyecto del siguiente tenor literal:

“Art. 2º - Objeto. Las normas de la presente ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.”

“Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley.”

“Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.”

El inciso primero del artículo segundo establece que el nuevo estatuto general de protección al consumidor, se aplicará a todas las relaciones que se susciten en el mercado en todos los sectores de la economía entre productores, proveedores y consumidores, luego consigna una salvedad frente a los sectores en los cuales exista alguna regulación especial, integrando las normas especiales y, *suplementariamente*, las disposiciones de la Ley 1480 de 2011. Esta calificación de *aplicación suplementaria*, ha traído consigo gran confusión en su interpretación y de paso un problema para el consumidor en general, pues en muchos escenarios administrativos, judiciales y doctrinarios, se interpreta que dicha inclusión conlleva a que la Ley 1480 de 2011 se excluye o se aplica sólo a falta de una regulación especial de manera supletoria, es decir, para suplir un vacío en la normativa especial. En otras palabras, se superpone la normativa especial frente a Estatuto del Consumidor.

¹²³ Gaceta del Congreso, Cámara de Representantes, N° 626 de septiembre 9 de 2010, págs. 21 a 24. Tomado de Corte Constitucional Sentencia C – 909 de 2012.

Lo anterior es asumido por el sector fiduciario y la Superintendencia Financiera, quienes consideran que su régimen normativo es particular y excluyente respecto de la Ley 1480 de 2011, pues confunden lo *supletorio* de lo *suplementario* en términos de una correcta interpretación conforme la Constitución, e incluso fundamentan su posición con base en las tradicionales reglas sobre la validez y aplicación de la ley consignadas en la Ley 153 que data de 1887. Plantea a este respecto la Superintendencia Financiera que:

[...] **2. La aplicación de la Ley 1480 de 2011 cuando existe una regulación especial para un sector, ¿se debe integrar las normas de dicho sector, o por el contrario se aplica en casos de vacíos?** Rta: Al respecto reiteramos la respuesta a su pregunta número 1 en el sentido de indicar que la Ley aplica en general a las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y de forma supletoria las normas establecidas en esta Ley. A su vez, en caso de existir vacíos, es pertinente manifestar que deberá tenerse en cuenta el principio general consagrado en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887, reglamentada parcialmente por el Decreto 1083 de 2015, el cual cita: "... [...] **REGLAS GENERALES SOBRE VALIDEZ Y APLICACIÓN DE LAS LEYES** **Artículo 1.** Siempre que se advierta incongruencias en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes: **Artículo 2.** La Ley posterior prevalece sobre la Ley anterior. En caso de que una Ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la Ley posterior. [...]"¹²⁴

En síntesis, conforme se puede evidenciar de la posición doctrinal de la Superintendencia Financiera, la Ley 1480 de 2011 es supletoria frente a los regímenes especiales, luego además de ello, aun incluso ante vacíos o antinomias, excluye su aplicación con base en normas decimonónicas que aunque vigentes, deben emplearse con los matices constitucionales que corresponde.

¹²⁴ Superintendencia Financiera. Concepto del 10 de septiembre de 2018. Radicado: 2018083144-006-000.

Contrario a ello, se considera que un análisis constitucional del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011, lleva a concluir que esta es aplicable de forma armónica e incluso preferente, cuando las normas especiales no regulen determinada materia o la regulación resulte menos protectora o ante antinomias normativas, por ende los principios, derechos, deberes y ejes estructurales sustanciales de información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual; resultan impactando la estructura obligacional de las entidades fiduciarias en esquemas de fiducias inmobiliarias completas, haciendo la salvedad de que ello dependerá, en nuestro concepto, del grado de participación e interrelación de la misma en la celebración, ejecución y liquidación del contrato con el consumidor inmobiliario.

La interpretación del precepto normativo contenido en el inciso 2 de la Ley 1480 de 2011 “*y suplementariamente*”, no debe reducirse a la aplicación del criterio gramatical autónomo e independiente de los demás criterios con un alcance puramente semántico o exegético. Su dimensión debe estructurarse en sí, a partir de dicho criterio como primer eslabón de toda una cadena, pero bajo el entendido de que con el mismo se busca [...] lograr un texto que pueda ser mejor entendido, esto es, que posea la característica práctica de permitir una más fácil comprensión del sentido del texto original [...]¹²⁵. Luego este se integrará con los juicios de interpretación conforme la constitución¹²⁶, el método histórico¹²⁷, el método

¹²⁵ Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación. Segunda Edición 2008. ISBN 958-96969-6. Pg. 242.

¹²⁶ Sentencia C-649/01[...] en virtud del artículo 4 de la Carta, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de *interpretación conforme*, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política [...]

¹²⁷ Sentencia C-649/01[...] un método histórico, que consulte la voluntad real del Legislador [...] Es así como se debe acudir a los preceptos constitucionales que mejor doten de sentido las disposiciones bajo estudio, con miras a extraer su significado [...]

teleológico y el método sistémico finalista¹²⁸, de tal forma que el problema que aparentemente se presenta al considerar dos posibles sentidos diversos de la norma - la exclusión o la integración -, entienda que es la integración el que se adecúa de mejor manera a los postulados constitucionales de protección a los consumidores y usuarios, a la vivienda digna, a la dignidad humana, al derecho de igualdad en su sentido material, entre muchos otros principios y valores constitucionales conexos con el artículo 78 de la Carta Política.

Pero incluso una interpretación literal, lleva a concluir que la Ley 1480 de 2011 como sistema general de protección al consumidor, fue concebido para regular los derechos y deberes de los consumidores en todos los sectores, así como para *complementar y nutrir* de forma preferente la normativa especial, mas no para suplir la falta de regulación o vacíos.

Como se ha mencionado, la exposición de motivos del proyecto de ley presentado en el seno del Congreso de la República, tenía como una de sus finalidades lograr concentrar en un solo estatuto, toda la normativa referente a la protección del consumidor, de tal forma que la misma no estuviese atomizada en multiplicidad de normas, no obstante, el texto de la norma se presentó en el sentido de excluir de su ámbito de aplicación los sectores que tuviesen disposiciones especiales, lo que dio lugar a múltiples debates, para al final conciliarse el artículo del proyecto en el entendido de que esta norma general se aplicaría en *todos los sectores de la economía*, y para los que contaran con norma especial, *de forma suplementaria*.

Nótese como el legislador, a fin de conciliar la finalidad del estatuto y de conservar la normatividad especial, optó por introducir el adjetivo *suplementariamente* y no *supletoriamente*, lo que de suyo tiene connotaciones semánticas y jurídicas diversas, pues mientras el adjetivo supletorio se utiliza para *suplir una falta* o *dicho*

¹²⁸ Sentencia C-011/94 [...] el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista [...]

de una norma que se aplica en defecto de otra¹²⁹, el calificativo *suplementario* conlleva el *complemento*¹³⁰, la adición de esta normativa. Es decir, su significado literal tiene una disyunción: suple o complementa, luego consideramos a este respecto que es el complemento la opción semántica acertada, al integrar los demás criterios interpretativos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando en el ordenamiento confluyan normas que susciten problemas de interpretación, el sentido de las mismas debe hallarse aplicando los criterios de interpretación conforme la constitución, histórico, teleológico y sistémico finalista. De acuerdo con esto, el alcance del ámbito de aplicación del estatuto del consumidor ante regímenes especiales de protección, debe entenderse en el sentido [...] que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política y que sea más razonable dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista¹³¹[...]. En esta línea, se hace pertinente traer a colación el análisis de constitucionalidad del Decreto 3466 de 1982 realizado por la Corte Constitucional, en el cual el máximo tribunal Constitucional se refirió a la finalidad del artículo 78 de la Constitución Política que consagra la protección de consumidores y usuarios, indicando que dicho precepto superior, y de contera la normativa que lo desarrolle, debe propender por restablecer la igualdad sustancial de los consumidores al interior de los mercados en pro de *satisfacer sus necesidades humanas*, con el fin de [...] avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado Social de Derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado

¹²⁹ < <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=supletorio> >

¹³⁰ *Adj. Que se utiliza para suplir una cosa o complementarla.* Gran Diccionario de la Lengua Española © 2016 Larousse Editorial, S.L.

<<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=YlfmNvA>><<https://diccionario.leyderecho.org/suplemento/>><<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/suplemento/suplemento.htm>>

¹³¹ Sentencia C-649/01.

[...] ¹³². En posterior oportunidad, y ya frente a la Ley 1480 de 2011, el máximo Tribunal Constitucional emitió un trascendental fallo en el que se resalta dicha normativa como: [...] norma base general y fundante de todo el sistema de protección al consumidor como un nuevo régimen de protección al consumidor [...]

133

De acuerdo con lo anterior, la primer conclusión a la que se llega es que la Ley 1480 de 2011 se constituye en desarrollo directo de la Constitución Política como *norma base general progresiva y fundante* de todo el sistema de protección al consumidor en cualquier sector de la economía, independiente de la regulación existente, con un ideario de alcanzar la igualdad material para que los consumidores puedan satisfacer todas sus necesidades humanas, y no como un desarrollo diseñado para cierta categoría de consumidores, de tal forma que otros con iguales necesidades, quedaren desprovistos de la protección otorgada en un claro reflejo de un desarrollo legal regresivo.

En línea con lo expuesto por la Corte Constitucional, la doctrina nacional reconoce igualmente el derecho de los consumidores y usuarios como mandato constitucional derivado del principio del Estado Social de Derecho, de igualdad fáctica, de aseguramiento de sus intereses económicos, de dignidad. Sobre el particular se ha dicho que:

[...] Al mismo tiempo, la garantía de los derechos de los consumidores se hace apremiante y exigible desde el principio del Estado Social de Derecho *stricto sensu*, esto es, desde el mandato de igualdad fáctica, como la igualdad que fundamenta el desarrollo en libertad [...] La igualdad que se reclama no solo apunta a un trato diferenciado; en adición, requiere acciones afirmativas que aminoren las condiciones de debilidad manifiesta del consumidor, como forma de asegurar sus intereses económicos, pero también existenciales. Igualdad fáctica para alcanzar condiciones de dignidad, a través de la mejora de su posición en el acceso a los bienes y servicios y en la garantía de la información y participación, la

¹³² Sentencia C-1141/00.

¹³³ Sentencia C-896/12

calidad y responsabilidad por los “producto” que ofrece en el mercado y que se consumen para satisfacer desde la procura existencial o mínimo vital, hasta las manifestaciones más amplias de la dignidad humana. Es decir, para subsistir y, de allí en adelante, “para vivir sin restricciones injustificadas”, “vivir bien”, “vivir sin humillaciones”, el incluso, para vivir bajo las mejores condiciones posibles existentes, como gran promesa de la economía liberal y el utilitarismo (enmendado), recogida (casi) invariablemente por el constitucionalismo. [...] En este sentido, el derecho del Consumidor tiene en el Derecho Constitucional una fuente normativa que fundamenta una concepción altamente garantista como derecho humano, porque más que ciudadanos y titulares de abstractos o concretos de libertades y derechos, hoy más que nunca las personas nos desenvolvemos en sociedad ante todo como sujetos que consumen¹³⁴ [...]

El derecho de consumo bajo la Constitución Política de 1991 y la Ley 1480 de 2011 como norma base y fundante de todo el régimen de protección al consumidor, se convierten en garantía pluridisciplinaria, pues de ellos deriva la efectividad de muchos otros derechos, valores y principios superiores, en tanto es un instrumento necesario para la satisfacción de los mismos. La Ley 1480 de 2011 como estatuto general es el instrumento legal concebido por el legislador para efectivizar al interior de la sociedad el principio del *estado social de derecho, la dignidad humana, la igualdad material, la libertad, el mínimo vital, la familia, la vivienda digna*, entre otros. Una correcta teleología constitucional lleva a concluir de forma razonable que no pueden superponerse regímenes jurídicos particulares menos protectores, frente a la maximización progresiva de los derechos de los consumidores y usuarios definidos en la Ley 1480, que propende la salvaguarda de tantos derechos y principios de estirpe constitucional.

No es dable reducir el espectro protector del consumidor en la adquisición de una vivienda como bien que dignifica la familia, la cual se constituye en núcleo esencial de la sociedad en los términos del artículo 42 Superior, bajo el argumento de que existe un régimen especial para un partícipe de la relación que hace parte de un sector de la economía específico.

¹³⁴ CORREA HENAO, Magdalena. Perspectivas del Derecho del Consumo. Universidad Externado de Colombia. 2013. Primera Edición. Pág. 93,94. ISBN 978-958-710-911-5.

Y es que si se concibe el derecho del consumo desde su perspectiva constitucional como mandato que garantiza el desarrollo de la libertad, la igualdad fáctica, como garantía de los derechos existenciales mínimos, de las manifestaciones más amplias de la dignidad humana, mal podemos pensar en un estatuto general de protección regresivo, que disponga que para cierta clase de consumidores sus derechos se vean reducidos, en desconocimiento del principio de progresividad integrado a nuestra Carta Superior por expreso mandato del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual también cubre los derechos colectivos¹³⁵. No hay ningún tipo de justificación razonable para considerar, a manera de ejemplo, que el consumidor financiero tenga menos prerrogativas protectoras respecto de la información, publicidad, garantías y protección contractual, que un consumidor general. De hecho, consideramos que, por la especialidad del material, el consumidor debe tener un ámbito protector superior y especial, armonizado entre la normativa particular y general. La Doctrina nacional se ha pronunciado frente al tema indicando que:

[...] De no ser esta la interpretación admisible y de privilegiar el valor jurídico impositivo de la norma que se refiere al carácter suplementario de la Ley 1480 de 2011, se crearía una sub-regla inadmisibles. Conforme a ella, los objetivos de máxima protección posible al consumidor y la garantía de *indubio pro* consumidor, solo podrían operar para los sectores de la economía que no cuenten con regímenes especiales, así en ellos lo ordenado asegure menos derechos para el consumidor y le provea de menor información para que su elección o uso del bien o servicio sea menos provechoso [...] Esta conclusión, es evidente, contradice tanto la noción constitucional de igualdad en su compleja construcción del artículo 13 C.P., como el imperativo de proteger los derechos de los consumidores del artículo 78. Pues la prevalencia de los regímenes especiales de protección al consumidor, podrá suponer un trato desigual ante situaciones que si bien pueden ser diferentes (por sector de la economía, por características del bien o servicio en cuestión y también por compromisos internacionales de competitividad), estarán llamadas a no ser diferenciables, a ser tratadas del mismo modo, por lo pronto en cuanto el más alto nivel de protección posible para el consumidor o usuario. [...] Por consiguiente, en razón del valor de la Constitución, de representar una configuración legal de las posiciones jurídicas de libertad y derecho que posee el

¹³⁵ Sentencia Corte Constitucional C – 630 de 2011

consumidor, las norma principio de la Ley 1480 de 2011 son criterio de interpretación decisivo para entender sus demás preceptos y aplicarlos con corrección en los sectores económicos donde no existe regulación propia. Pero también lo son y en consecuencia prevalecen incluso a las normas de los regímenes especiales, cuando en ellos no se garantice como mínimo el mismo grado de protección que ofrece el Estatuto en términos de posiciones jurídicas y pautas de interpretación reconocidos en favor del sujeto débil de la relación de consumo¹³⁶. [...]

La Corte Constitucional ya tuvo oportunidad de resolver la diferencia de criterios al decidir demanda de acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 2° literal d), 11 literal e) y 12 literal d) de la Ley 1328 de 2009¹³⁷, que contemplan la definición de consumidor financiero previsto en el Título I de la Ley 1328 de 2009. Si bien los cargos de inconstitucionalidad no se dirigían contra el adjetivo *suplementariamente* consagrado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011, la ratio decidendi y la obiter dicta de la misma plantean un escenario de integración protectora de esta ley en favor del consumidor en cualquier régimen especial.

En esta providencia se analiza la constitucionalidad de la definición de “consumidor financiero” consagrada en la Ley 1328 de 2009 frente a la de “consumidor” de la Ley 1480 de 2011. Si se adopta la posición prevalente y excluyente de los regímenes especiales, pues la conclusión sería simple, y sólo se consideraría tal, “el cliente¹³⁸, usuario¹³⁹, o cliente potencial¹⁴⁰ de las entidades vigiladas”. Luego la Corte al analizar la definición consagrada en el régimen especial frente a la del régimen general, recordando la importancia

¹³⁶ CORREA HENAO, Magdalena, Op. cit., p. 143.

¹³⁷ Sentencia Corte Constitucional C – 909 del año 2012.

¹³⁸ a) Cliente: Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.

¹³⁹ b) Usuario: Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada.

¹⁴⁰ c) Cliente Potencial: Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.

constitucional del derecho de los consumidores y usuarios, ausculta en la teleología constitucional y finalista de la Ley 1480 de 2011, indicando que la noción inicial no alcanzaba la protección necesaria, y por ende se amplió su espectro para incluir en la nueva normativa general la noción de *toda persona*, para significar que a partir de la misma, se incluyen multiplicidad de actores en todos los sectores de la economía, incluso en la financiera. La Corte aborda un análisis teleológico y finalista del nuevo estatuto, haciendo alusión a los debates al interior del Congreso, para lo cual, resalta que [...] las exposiciones de motivos que antecedieron al actual estatuto del consumidor, buscaban la creación de un solo sistema que cobije todos los ámbitos del que hacer económico [...], de tal suerte que:

[...] “el último proyecto en cuanto al objeto y ámbito de aplicación, estimo que las normas del proyecto *“son aplicables, por igual, a todos los sectores de la economía”*, lo que significa que la definición de consumidor, desde la expedición del decreto mencionado con la evolución reseñada, y luego con los fines de la Ley 1480 de 2011, ha sido noción aplicable a todos los sectores o actividades económicas, sin que los elementos sustanciales de su contenido lleguen a tener afectación o se desvirtúen por alguna destinación u orientación específica que se dé al consumidor” [...]

De forma concluyente, y pese a la existencia de dos normas: la especial y general, que regulaban una misma materia: la noción de consumidor, la Corte sin amagues de ambigüedad zanja la discusión, en el sentido de considerar que conforme la desigualdad, la asimetría del consumidor en la relación y los postulados del artículo 78 Superior, no es dable dar una aplicación diferenciada al consumidor en uno y en otro sector por una simple razón constitucional, y es para este concepto *el principio de igualdad material*. Concluye la Corte que:

[...] Sin embargo, los componentes de desigualdad y asimetría, advertidos por esta corporación en punto a los extremos de negocios, con fundamento en los postulados del artículo 78 superior, no suponen una aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, dado que

lo importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario [...]

Huelga mencionar la referencia jurisprudencial citada por la Corte para soportar su postura, en la que se indica que [...] se hace necesario que la interpretación de las normas relativas a los derechos del consumidor que hayan sido expedidas con anterioridad a la expedición de la Constitución, así como el examen de su constitucionalidad, se realice bajo los postulados que estableció la norma superior en esta materia.¹⁴¹ [...].

Otra pauta interpretativa de suma relevancia desarrollada por la doctrina, es la concerniente a la aplicación de los principios de favorabilidad e *indubio pro consumatore* consagrados en el artículo 4º de la Ley 1480 de 2011 como puentes con los regímenes especiales y con el derecho común, con lo cual se complementan las reglas especiales, en tanto no puede primar la norma especial cuando contemple garantías más débiles, posición que es acogida por la Superintendencia de Industria y Comercio en su Doctrina institucional y aplicada en la resolución de diversos procesos jurisdiccionales¹⁴². Se plantea al respecto que:

[...] “La transcendencia del enfoque garantista manifiesto a través de los principios, completa el estudio del alcance normativo del Estatuto, como régimen jurídico general; más del mismo modo se puede argumentar, es útil en la interpretación y aplicación de los regímenes jurídicos especiales. [...] Sobre los derechos y obligaciones, la preferencia de tales regímenes se puede quebrar, conforme a lo visto en el principio de la interpretación *favor e indubio pro consumatore*. Porque en caso de que existan en tales regímenes normas que, en el balance jurídico creado entre consumidor y productor- proveedor del bien o servicio, ofrezcan materialmente prestaciones, igualdades, libertades, derechos o algo menos beneficioso para el primero, con respecto a lo previsto en la Ley 1480 de 2011, el régimen especial no estaría llamado a prevalecer. Lo mismo ocurre

¹⁴¹ Sentencia Corte Constitucional C – 524 de 1995.

¹⁴² Véase Supra Capítulo II, p, 119 a 122.

cuando sea necesario para definir en el Derecho común aspectos de la relación de consumo, pues estas no pueden aplicarse tal cuál como están previstas, si son contrarias a los principios del Estatuto, y a la discriminación positiva del consumidor o usuario. [...] Es el caso igualmente de la información adecuada, en tanto principio, derecho, deber y obligación en el subsistema jurídico de protección del consumidor. Pues al estar consagrada bajo este muy sólido andamiaje de normas principio y regla, transforma todo el Derecho del Consumidor en sus diferentes regímenes. [...] La información mínima no excluye entonces la aplicación de disposiciones puntuales que sometan a los productores o proveedores de bienes y servicios a regímenes especiales. Esa es la función que cumple la locución adverbial “sin perjuicio” del precepto, pues los deja a salvo, no tiene menoscabo ni detrimento en lo que ajuste el Derecho a las exigencias, riesgos, condiciones, calidades del producto o servicio del régimen especial o de las personas que lo consumen. Mas, con el énfasis creado por la norma de la Ley 1480, en cuanto a la fijación de mínimos, lo que se determina es que en ningún caso la información a suministrar al consumidor será menor que la prevista en el estatuto. [...] Así se redefinen, completan o desplazan las reglas específicas alusivas a los derechos, deberes, obligaciones, responsabilidades, así como a la información adecuada, con la que se protege a los consumidores y usuarios en los regímenes especiales. Porque no podría primar la norma especial cuando la misma contempla garantías más débiles, esto es, menos derechos, menos obligaciones, menos información en términos de posiciones jurídicas definitivas, o de claridad, suficiencia y verificabilidad para el consumidor y para el productor, en su orden. [...] ¹⁴³

Conforme lo expuesto, es factible afirmar que una correcta interpretación del ámbito de aplicación del artículo segundo de la Ley 1480 de 2011, lleva considerar que dicho régimen se imbrica en todos los regímenes especiales para nutrirlos de la forma más favorable al consumidor, de donde resulta que la actividad fiduciaria en el marco de desarrollos inmobiliarios que impliquen una relación de consumo, va a estar impactada por el Estatuto General de Protección al Consumidor como regulación complementaria y adicional a la de su estructura obligacional propia. Se ha planteado a este respecto por doctrina de autoridad en la materia que:

[...] “Pero, adicionalmente, por tratarse de la fiducia inmobiliaria para el desarrollo de proyectos de construcción de inmuebles destinados a vivienda, esta disciplina orgánica debe necesariamente complementarse o completarse con las

¹⁴³ CORREA HENAO, Magdalena, Op. cit., p. 141 a 143.

disposiciones contenidas en el Título Primero de la Ley 1328 de 2009 y en la Ley 1480 de 2011, en especial en materia de publicidad, de garantía, de información, de calidad, de idoneidad y seguridad” [...]“Por consiguiente, como el legislador ha omitido expedir cualquier regulación específica o particular acerca de la llamada fiducia inmobiliaria, se puede colegir que la celebración de esta especie de negocios fiduciarios debe sujetarse a los criterios generales consagrados en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio respecto de la fiducia mercantil, a las disposiciones legales aplicables a los encargos fiduciarios y a las disposiciones contenidas en el Título Primero de la Ley 1328 de 2009 y en la Ley 1480 de 2011, particularmente en materia de publicidad, de garantía de información, de calidad, idoneidad y seguridad, como ya se dijo.¹⁴⁴ [...]

Más adelante, fijando una posición contundente en cuanto la aplicación directa del régimen general de protección al consumidor a las sociedades fiduciarias, concluye el autor que:

[...] Privar a los terceros en cuestión de la acción directa contra las sociedades fiduciarias en aquellos eventos en que la vivienda resultante del proyecto de construcción presenta vicios que amenazan con su ruina y la reclamación contra el fideicomitente promotor del proyecto o contra el constructor no prospera, o cuando el proyecto de construcción resulta fallido, para solo hacer mención a estos dos aspectos, viola el núcleo esencial de los derechos del consumidor que, en su faceta procesal, no puede ser despojado de un medio de defensa efectivo contra las sociedades fiduciarias, en su condición de garantes principales de la calidad de los servicios fiduciarios que ofrece al mercado y responsable de los daños causados por sus defectos, como lo prevé el artículo 3º, letra a) de la Ley 1328 de 2009, en armonía con el artículo 7º de la Ley 1480 de 2011. [...] La supresión de las sociedades fiduciarias como sujetos pasivos de las referidas acciones equivale a una inmunización contra todo tipo de responsabilidad, lo que contraviene de manera flagrante lo dispuesto por el artículo 78 de la carta¹⁴⁵. [...]

¹⁴⁴ BAENA CARDENAS, Luis Gonzalo. FIDUCIA INMOBILIARIA, “Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo”, Op. cit., p. 33

¹⁴⁵ Ídem., p 69.

Para finalizar y en línea con lo expuesto por el Profesor Baena Cárdenas, es posible afirmar que la intención del legislador se colige clara al consagrar en el artículo 56 literal c)¹⁴⁶ de la Ley 1480 de 2011, una acción de protección del consumidor aplicable a *todos los sectores de la economía*, que incluso cuente con una regulación especial como acontece con las entidades fiduciarias, lo cual es reforzado con el procedimiento especial regulado en el artículo 58 de la normativa citada¹⁴⁷, en el que la vulneración, independiente del sector, puede ser de la normatividad general o de la especial. Establece el mencionado artículo que la acción de protección de consumidor se aplica por violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, sea los contenidos en esta ley u otras, e independiente del sector de la economía en la que se hayan vulnerado los derechos del consumidor. Incluso, finaliza el párrafo del artículo 56 estableciendo que al margen de la acción –y de contera de regímenes y sectores–, *“se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley”*.

¹⁴⁶ 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

¹⁴⁷ Artículo 58. Procedimiento. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:

3.1.1.2. La conexidad contractual y las redes contractuales como instituciones hermenéuticas de convergencia normativa - La construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor como causa supra contractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia.

Las reglas contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, analizadas desde la más reciente y novedosa concepción del derecho privado, son otra herramienta interpretativa que permite afirmar que la Ley 1480 de 2011 hace parte del régimen obligacional directo de las entidades fiduciarias cuando actúan en calidad de fiduciarias en las fiducias inmobiliarias de administración y pagos en desarrollos inmobiliarios. La llamada *conexidad contractual*, *cúmulo contractual* o *coligación contractual*, es una de estas nuevas instituciones jurídicas producto de la evolución de los fundamentos tradicionales privados, que responde al acelerado cambio de los mercados, la cual se entiende en términos generales como: [...] la utilización práctica de las diferentes tipologías contractuales, que se enlazan para conformar una unidad comercial inescindible, de modo que surgen entre las diversas formas aplicadas una relación ya sea de mutua dependencia, ora de subordinación, todo en procura de facilitar el intercambio de bienes y productos, la prestación de servicios y el crédito [...]¹⁴⁸.

Ya se ha dicho que el principio de estado social de derecho sobre el que se funda la Constitución de 1991, trajo consigo un gran cambio en la estructura de los mercados y la contratación privada, no obstante, este cambio también obedece a la evolución de las instituciones tradicionales del derecho privado que es el producto de una nueva organización económica y de los mercados globales y en masa, de tal forma que [...] esta nueva organización empresarial en red, compleja y dispersa en sus formas de inversión, operación, distribución y comercialización,

¹⁴⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02

y la evolución de la contratación privada, con miras a atender las necesidades de la economía de mercado global y los requerimientos de calidad y consumo, han originado una serie de transformaciones en el derecho de los contratos¹⁴⁹ [...]. El sistema constitucional colombiano establece los cimientos jurídicos que deben ser el marco de la economía, pero se reconoce también que es el propio dinamismo del mercado y de las relaciones intersubjetivas contractuales, lo que lleva a que las reglas contractuales privadas no se estanquen, y por el contrario evolucionen y muten a otras formas que respondan de mejor manera a estas nuevas realidades.

La teoría de la conexidad contractual conlleva en ciertas operaciones a romper con el esquema tradicional del contrato privado concebido como autónomo; aislado e independiente de la operación jurídico-económica y la causa final perseguida; así como del principio de la relatividad contractual, para en su lugar abrirse paso al concepto de la *operación económica global con una misma prestación esencial*¹⁵⁰. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de noviembre de 2017 refiriéndose a este concepto expuso que:

[...]. 2. La realidad de los negocios enseña que hoy en día, muchos de ellos requieren para su materialización la celebración de dos o más contratos, en sentido estricto, puesto que sólo de la completa y oportuna ejecución de cada uno de ellos y de todos en conjunto, puede conseguirse el propósito perseguido, a diferencia de lo que, por regla general, ocurría antes, cuando el contrato era concebido aisladamente, de modo que su realización, entendida como un acto individual y completamente autónomo, satisfacía las necesidades de los interesados en su celebración. [...]. 3. Trátese de la utilización práctica de las diferentes tipologías contractuales, que se enlazan para conformar una unidad negocial inescindible, de modo que surgen entre las diversas formas aplicadas una

¹⁴⁹ CATAÑO BERRÍO, Sandra Eliana & Wills-Betancur, Luz María, La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia, 132 Vniversitas, 59-88 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.ccer>

¹⁵⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo, noviembre 15 de 2017, SC18476-2017

relación ya sea de mutua dependencia, ora de subordinación, todo en procura de facilitar el intercambio de bienes y productos, la prestación de servicios y el crédito. [...]. Es lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en designar como, entre muchas otras locuciones, unión, coligamiento o vinculación de contratos, figura que supone una pluralidad de ellos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse. [...]. Es del caso enfatizar, entonces, que el coligamiento de contratos se da cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones, cada una sometida a las normas que la regulan y dirigida al fin que la caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arropa, cuyo logro sólo es posible en virtud de su armónica conjunción. [...]¹⁵¹.

En la mencionada providencia, citando sentencia de la misma Corporación, se resalta que la conexidad contractual existirá [...] cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión¹⁵² [...], de donde dicha unión contractual es querida como un todo, en el que si bien existe su autonomía e independencia contractual, la filosofía de grupo es *supracontractual*¹⁵³.

Lo relevante entonces será la existencia de nexo supra contractual que va a articular todos los contratos individualmente considerados hacia la obtención de un resultado práctico único, y es allí donde podremos hablar del fenómeno de la coligación con todas las consecuencias que de ello deriva. Será la operación económico-jurídica global la que determinará el alcance de los vínculos jurídicos

¹⁵¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02.

¹⁵² CSJ. SC 068 del 6 de octubre de 1999, Rad. No 524

¹⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. "Tratado de los Contratos". Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 33. Citado en Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02

que surjan de cada uno de los contratos individualmente considerados, de tal forma que todos ellos se armonicen, coordinen e integren. Como se ha sostenido por la jurisprudencia nacional, la unión, vinculación, coordinación o conexidad contractual, se articula [...] por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único [...] siendo menester la existencia de [...] un nexo, vinculación o unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos [...]¹⁵⁴.

A este respecto, reconoce la doctrina en la causa final o finalidad empírica¹⁵⁵, el eje que determinará la interpretación contractual, la integración normativa y la responsabilidad del grupo contractual que en materia de consumo se concibe como solidaria por efectos de dicha coligación. En materia de consumo y frente al alcance de la vinculación contractual, se ha reconocido que:

[...] el efecto esencial que caracteriza la vinculación contractual, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. [...] además, es necesario que, de manera objetiva, lógica y jurídica, los contratos no puedan tener vida propia en virtud de sus conexos [...] En conclusión, en la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son parte situándose fuera del contrato, pero dentro del sistema o la red contractual; es una causa sistémica. Ello significa que hay una finalidad económico social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de la unión; si se desequilibra la misma se desequilibra todo el sistema y no solo un contrato [...] pero no solo se producen esos efectos, digamos, sustantivos o principales. Hay otros efectos que dimanar del nexo funcional que vincula a los contratos yuxtapuestos, de los que mencionaremos, la interpretación contractual y la responsabilidad del grupo contractual. [...] Todo el grupo de empresas es el

¹⁵⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia, casación civil 1º de junio de 2009, M.P.: William Namén Vargas

¹⁵⁵ DIEZ PICAZO, Luis, Fundamento del derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, Edit Tecnos. “aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden”.

centro del beneficio y por tanto de riesgo y responsabilidad. De allí que la responsabilidad alcance a todo aquel que se beneficia de un negocio jurídico y no solamente quien entra en relación con el consumidor. La consecuencia obligada es que estos sujetos que participan de una misma actividad organizada, es la responsabilidad solidaria.¹⁵⁶ [...]

Se evidencia cómo el fenómeno de la vinculación contractual o grupos contractuales, trasciende de forma substancial las relaciones privadas, al punto de concebir el grupo de empresas como centro de beneficio y de responsabilidad, lo que situará a los partícipes en un plano de responsabilidad solidaria frente al consumidor. La conexidad será:

[...] un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistemáticas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta y, además, deberes referidos al sistema que integran¹⁵⁷ [...].

Se reconoce en estos esquemas vinculados una responsabilidad de forma mancomunada y coordinada por los deberes secundarios de conducta y los referidos al sistema que integran, de tal forma que los derechos y deberes surgidos en torno a una relación de consumo deben ser asumidos conforme dicha normativa especial, por cuanto [...] el interés, en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se sitúa más allá del contrato, en el plano de la finalidad perseguida; los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado [...] ¹⁵⁸, de donde resulta imperioso considerar que [...] todos los integrantes de una red contractual, tienen una obligación de

¹⁵⁶ SOLER PASCUAL, Luis Antonio, Magistrado Audiencia Provincial de Alicante. La Vinculación Contractual en el Ámbito de Consumo. Pág. 339 a 343. <<https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/02-tl-05.pdf>>

¹⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratación Contemporánea. Redes Contractuales y Contratos Conexos. Editorial Temis Bogotá Colombia, Editorial Palestra Lima Perú. 2001. Págs. 114 a 177.

¹⁵⁸ Ídem.

colaborar en el funcionamiento del sistema, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Aquí, la causa asociativa del negocio grupal se hace presente, se solidifica, para fundar una pretensión de colaboración¹⁵⁹ [...].

Ahora bien, en el plano inmobiliario la realidad indica que se ha abandonado el esquema de desarrollo inmobiliario directo entre constructor y adquirente, donde la teoría de la relatividad de los contratos adquiere plena firmeza, para en su lugar abrirse paso a estructuras de desarrollo sofisticadas y complejas, tal como acontece con el contrato de fiducia inmobiliaria que comprende múltiples actores, fases, normativas y sectores económicos; por lo que se afirma que en estos se presenta un claro fenómeno de coligación contractual por tratarse de una operación en donde se evidencia un interés asociativo, grupal, como sistema único concebido con miras a lograr una finalidad económica social.

A groso modo, se puede decir que un proyecto inmobiliario se articula por medio de: a) diversos sujetos – *v.gr.* titular del derecho real de dominio de los terrenos, promotor del negocio, inversores, comitente y empresa constructora, arquitecto e ingenieros, vendedores, proveedores, adquirentes, fiduciaria, entre otros; b) diferentes negocios jurídicos – *v.gr.* preventas o tratativas preliminares, adquisición del terreno, punto de equilibrio, etapa de desarrollo, ventas de unidades; y d) diversidad contractual – *v.gr.* preventas, promesas, opciones, compraventas, cesiones de derechos, cesión de beneficio, contrato asociativo, locación de obra material, obra por costo unitario o por administración delegada, entre muchos otros. Luego como ya se expuso, todo este complejo contractual por regla general va a ser articulado a través de un contrato de fiducia inmobiliaria, y muy comúnmente por el de fiducia inmobiliaria de administración y pagos cuya gestión por su probidad y confianza se ha encomendado única y exclusivamente a

¹⁵⁹ *Ibídem.*

una entidad fiduciaria, quien no se considerará un simple tercero, pues por el rol que asume en toda la operatoria, es parte esencial de toda la red como complejo unitario contractual.

De esta forma, se hace imperioso afirmar que en los desarrollos inmobiliarios estructurados a través de las llamadas fiducias inmobiliarias de administración y pagos o *fiducias completas*, la conexidad contractual se presenta por cuanto existe una articulación a través de la entidad fiduciaria, que tiene como finalidad económico social [...] el desarrollo de un proyecto de construcción de inmuebles destinados a vivienda y la adquisición de las unidades inmuebles resultantes del mismo por parte de terceras personas quienes se espera aportarán los recursos necesarios para la construcción; adquisición que, a su vez, tienen como presupuesto necesario tanto el contrato de fiducia mercantil – o de encargo fiduciario, según el caso- como el contrato de construcción¹⁶⁰ [...], de donde se encuentra un claro agrupamiento:

[...] habida cuenta que la adquisición de bienes inmuebles destinados a vivienda resultantes de un proyecto de construcción desarrollado a través del esquema de fiducia mercantil resulta de la combinación de varios contratos celebrados con profesionales de distintos ámbitos, entre los cuales merece señalar los siguientes: un contrato de fiducia mercantil entre el promotor del proyecto de construcción y la sociedad fiduciaria, en virtud del cual se transfiere el inmueble en el que se desarrollará el proyecto y, en su caso, los planos, licencias y demás documentos necesarios para llevar a cabo el proyecto; un contrato de vinculación, que es un contrato de consumo, entre el promotor del proyecto de construcción, la sociedad fiduciaria y la persona interesada en adquirir el inmueble resultado del proyecto de construcción [...] y un acuerdo previo, en muchos casos de carácter exclusivo entre el promotor del proyecto y la sociedad fiduciaria en virtud del cual aquel o una de sus empresas subordinadas asumirá el papel de constructor y el de gerente del proyecto o de la obra¹⁶¹ [...]

¹⁶⁰ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 58.

¹⁶¹ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 38

Se ha resaltado en la misma línea que un proyecto de construcción [...] no se agota en un acto único, sino que se instrumenta a través de un iter, que normalmente abarca las siguientes etapas a nivel "macro": el diseño del esquema del negocio; el armado del contrato de fideicomiso y sus anexos; su comercialización entre potenciales inversores; el desarrollo de la obra; su entrega, la escrituración y extinción [...] ¹⁶², en las que la función de la fiduciaria será la de servir como vocero de un vehículo de propósito especial asegurando [...] el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto a través de las etapas [...] como [...] mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra [...] siendo una especie fiel de balanza para la [...] protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas ¹⁶³ [...].

En los procesos constructivos, por regla general, se presenta el fenómeno de la coligación contractual, cuya causa supra contractual será el desarrollo de un proyecto inmobiliario para la posterior adquisición de diversas unidades funcionales por terceros consumidores a través de una agrupación de sujetos y contratos individualmente considerados, articulados por medio de una entidad fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo y vinculada por un contrato mercantil de fiducia. Luego es pertinente aclarar que los intereses en dicho sistema negocial deben diferenciarse: por un lado, se encuentran los de las partes contractuales que estructuran el negocio y suscriben el contrato primigenio: fideicomitente, inversor, constructor, desarrollador, promotor, comercializador y fiduciaria; y por otro: los del consumidor inmobiliario. Entre aquellos, las relaciones jurídicas que surgen del grupo estarán enmarcadas en un sistema normativo en el que incluso es eje cardinal la autonomía privada; mientras que con el consumidor, la relación jurídica de grupo adquiere un cambio trascendental por cuanto la normatividad de consumo como norma imperativa limita todo ese marco de

¹⁶² Ver Supra Capítulo I pág., 40.

¹⁶³ Supra Capítulo I pág., 47

libertad. Y hacer esta claridad es relevante, dado que el alcance de la interpretación y el marco obligacional de los partícipes en el sistema que resulta del fenómeno de la coligación, va a estar impactado por los contenidos de la normatividad que integra el sistema de consumo, puesto que si la causa económica subyacente final, es la adquisición del inmueble por el consumidor final y la financiación y rendimientos por medio de su pago, no puede concebirse que se haga abstracción de dicha normativa imperativa por quienes entran en estrecha interrelación en todo el iter contractual, máxime de la entidad fiduciaria, quien es el actor principal y fundamental del contrato de fiducia que es eje de toda la estructura, del cual dependen y se subordinan los demás¹⁶⁴.

Identificado el fenómeno de la conexidad o coligamiento contractual en los proyectos inmobiliarios llevados a cabo a través del contrato de fiducia inmobiliaria articulado por una entidad fiduciaria especializada y autorizada, lo relevante será entonces determinar a partir de dicha institución, que interpretación y alcance tienen los vínculos jurídicos de la fiduciaria en las relaciones que asume con el consumidor final. Lo anterior, dado que de la institución jurídica en comento surgen las llamadas *obligaciones sistémicas*, de donde las partes tendrán entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios y referidos al sistema que lo integra¹⁶⁵, los cuales se derivan del principio de coordinación y colaboración. En este sentido, se debe realizar un estudio de [...] sistematización que permita comprender el régimen de responsabilidad de las sociedades fiduciarias y, específicamente, el alcance de los deberes que resultan connaturales a su actividad, a partir del reconocimiento de los deberes secundarios de conducta

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01.

¹⁶⁵ Ver Supra. Capítulo III, pág., 178.

exigibles a la misma conforme los preceptos de la buena fe e integración contractual [...] ¹⁶⁶. Frente a este tópico, ha reconocido la jurisprudencia que:

[...] las obligaciones de los intervinientes no se reducen a las prestaciones propias de cada uno de los contratos, sino que su actuación debe ir más allá, debe dirigirse al engranaje de todas las convenciones unidas, a la conformación y funcionamiento del sistema; lo que deben hacer con plena sujeción al proyecto pretendido, de cuya satisfacción depende todo el sistema como la existencia del entramado contractual, y por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados ¹⁶⁷ [...]

Empero, es de aclarar que los deberes secundarios de conducta u obligaciones sistémicas, valga mencionar: el cumplimiento de las prerrogativas de la Ley 1480 de 2011 frente al consumidor, derivadas del principio de coordinación y colaboración propias de la figura a la cual se ha hecho referencia, no será una fórmula automática, pues todo dependerá como ya lo hemos mencionado, del grado o nivel de participación de la fiduciaria en este esquema, y es por ello que el planteamiento aquí expuesto se refiere a la denominada fiducia inmobiliaria de administración y pagos también llamada *fiducia completa*, en la que encontramos una mayor interrelación entre el consumidor inmobiliario y la entidad fiduciaria; un mayor grado de participación de está en todo el proceso precontractual, contractual y post contractual.

¹⁶⁶ HERRERA OSORIO, Fredy y MAHECHA PULIDO, Alejandro. “Revisión General de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UPTC. Revista Derecho y Realidad. Número 18. II semestre de 2011. ISSN: 16923936. Pág., 19.

¹⁶⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02.

En esta tipología, la entidad asume un rol integral que incluye, entre otros: la administración, el desarrollo, la supervisión y la tradición o entrega jurídica de la unidad inmobiliaria, y es por ello que esta participación completa, conlleva necesariamente a que su actividad esté íntimamente conexa, de forma directa, con los derechos esenciales dispuestos en la Ley 1480 de 2011 de cara al consumidor¹⁶⁸. Este tipo de fiducia, [...] puede comprender la administración y desarrollo integral del proyecto, para lo cual contrata a personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes corresponda de acuerdo con el respectivo contrato fiduciario¹⁶⁹ [...], reconocida también como [...] una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas [...], que supone [...] la transferencia de un lote de terreno al fiduciario, que pasa a integrar un patrimonio autónomo, con el fin de desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades de vivienda resultantes a los compradores interesados [...] y que de contera asegura [...] la recaudación de cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto¹⁷⁰. [...]

Sobre el grado o nivel de participación que para este concepto es una pauta esencial para determinar diversos deberes de conducta necesarios para la consecución del resultados de grupo, ya se ha mencionado que la doctrina nacional y extranjera se han referido a ellos como nota característica de las fiducias llamadas completas, pues se ha resaltado que un proyecto de construcción [...] no se agota en un acto único, sino que se instrumenta a través de un iter, que normalmente abarca las siguientes etapas a nivel "macro": el

¹⁶⁸ Ver Supra Capítulo I pág., 37.

¹⁶⁹ Ver Supra Capítulo I pág., 40

¹⁷⁰ Ver Supra Capítulo I pág., 42

diseño del esquema del negocio; el armado del contrato de fideicomiso y sus anexos; su comercialización entre potenciales inversores; el desarrollo de la obra; su entrega, la escrituración y extinción [...] ¹⁷¹; y es por ello que [...] la intensidad del vínculo obligatorio, esto es, la medida del compromiso que adquiere el fiduciario, varía según las circunstancias particulares en que se celebra el negocio fiduciario, atendida la finalidad a la que quedan afectados o se encuentran afectados los bienes fideicomitidos ¹⁷²[...].

Descendiendo a la actividad de la fiduciaria en el esquema planteado y frente a los derechos y deberes consignados en la Ley 1480 de 2011 respecto del consumidor inmobiliario, se tiene que la entidad fiduciaria asume como rol principal: *el ser fiel balanza de toda la estructura contractual*, de confianza mutua de todas las partes y de garantía en la debida articulación de todos los contratos que hacen parte o son necesarios en todo el iter para la consecución del fin económico social. Y este papel protagónico de confianza va a tener una connotación especial y una maximización de la responsabilidad cuando dicha entidad fiduciaria tiene un grado de participación mayor con el consumidor inmobiliario, en donde su rol impacta sus derechos, pues la concepción filosófica y constitucional del derecho de consumo va a crear un espectro protector mayor, dado que el derecho de consumo en la Constitución Política de 1991 es garantía pluridisciplinaria, esto es, del mismo deriva la efectividad de muchos otros derechos y, en ciertas materias, adquiere mayor relevancia en cuanto es un instrumento necesario para la satisfacción de derechos y principios fundamentales consagrados en la Carta Política y en instrumentos jurídicos internacionales que reconocen los derechos humanos, tal como acontece con el derecho a la vivienda digna ¹⁷³.

¹⁷¹ RUIZ DE LOPEGUI, Gervasio. La obra al costo: un modelo de negocio. Capítulo incluido en la obra de

Tabakman, Damián. Fideicomisos al costo. Bienes Raíces Ediciones. 2011. Página 201.

¹⁷² BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 112.

¹⁷³ Ver Supra, Capítulo I, Pág., 21

Se debe resaltar que, en este tipo de esquemas, aun cuando el consumidor se vincula con una fiduciaria bajo cualquier tipo de modalidad, lo que busca no es adquirir un producto financiero o convertirse en inversionista, sino obtener un bien material, una unidad inmobiliaria para suplir en la mayoría de los casos su necesidad de vivienda. No persigue adquirir un producto financiero, verbigracia, una cuenta de ahorro, pese a que lo obtiene a través de un vehículo financiero diseñado para el efecto. Como se ha dicho en la jurisdicción argentina: [...] El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato¹⁷⁴ [...], de tal forma que esta condición de los derechos de consumidores y usuarios:

[...] obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista, lo que impone una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal [...] no podría válidamente sostenerse que una persona pueda deslindarse de las responsabilidades asumidas en un contrato suscripto con ella por las especiales características del negocio y por las especiales cualidades y confianza que ésta generó en el consumidor contratante, con la sola transferencia de los bienes que fueron objeto de tal contratación. Si un supuesto tal estaría permitido por el ordenamiento jurídico, claramente los consumidores inmobiliarios estarían expuestos a innumerables abusos y a un sinnúmero de situaciones por demás injustas.¹⁷⁵ [...]

Se ha resaltado que el papel de la fiduciaria en el esquema de administración y pagos en la etapa de ejecución y desarrollo - incluso en la previa o de preventas-, por regla general y conforme la tipicidad social propia de la figura, con salvedades de cada caso, va a ser de tal intensidad que necesariamente se involucra con los derechos de información, publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad reguladas en la Ley 1480 de 2011 y demás normas

¹⁷⁴ Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”, 31/07/2013.

¹⁷⁵ BILVAO ARANDA, Facundo M. “Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios”. Ver Supra Capítulo II, Pág., 131.

concordantes, y es por esto que de ello derivan unos deber secundarios de conducta propios de la conexidad contractual, que obligan a la entidad a hacerse cargo de forma directa o mancomunada con el constructor o promotor por el respeto y cumplimiento de dichos derechos.

En la fase de desarrollo propia del esquema fiduciario al que se hace referencia, la entidad fiduciaria como representante del patrimonio autónomo conformado, tiene participación directa en la estructuración contractual de vinculación y concurre a la firma con la cual se perfecciona dicho negocio jurídico, bien directamente, ora en compañía y en conjunto con el constructor o desarrollador. Luego también participa directamente en el acto solemne de la escrituración y tradición jurídica y, en algunos casos, lo cual está en verdadero desuso, se compromete con el desarrollo del proyecto de forma integral contratando el constructor y demás actores necesarios para la ejecución del proyecto, o se le delega la función de contratar con estos en calidad de vocero. Estos momentos negociales son de trascendental y vital importancia, pues impactan de una u otra forma los tres pilares básicos que en materia sustancial consagra la Ley 1480 de 2011¹⁷⁶.

La etapa inicial de desarrollo es un escenario contractual en el cual el consumidor inmobiliario forma su voluntad, hace un juicio volitivo a partir de la información que del proyecto y la unidad inmobiliaria le sea suministrada y se le haya dado en la etapa previa, en donde hay una conexión directa con los tres ejes centrales sustanciales de la Ley 1480 de 2011: protección contractual¹⁷⁷, información y garantía de calidad e idoneidad. Hay un acto contractual en el cual se plasman las diversas condiciones del negocio, en el que se informan las características particulares del inmueble, así como las condiciones de tiempo y modo de la entrega y registro. Y se habla de garantía, pues el pacto contractual y la información suministrada y vertida en el mismo, de contera impactan este derecho,

¹⁷⁶ Ver Supra, Capítulo I, Pág., 54

¹⁷⁷ Ver Supra, Capítulo I, Pág., 54

pues la calidad es alcanzada por la información que del producto se suministre¹⁷⁸ y el alcance de la garantía conlleva la entrega en término oportuno del bien y su respectivo registro¹⁷⁹.

En el acto solemne de la escrituración que realiza la entidad fiduciaria, la información como derecho esencial del consumidor a la par que de garantía pues la misma no comprende únicamente los vicios de la cosa, juega un papel preponderante, pues nuevamente y en conjunto con el contrato de vinculación, involucra la calidad entendida como las características informadas sobre el bien y la garantía legal como la entrega material y jurídica que comprende el acto de escrituración y registro. Así mismo, en tanto es el contrato que materializa finalmente la transferencia, toca el eje sustancial de la protección contractual¹⁸⁰. Luego durante toda la etapa constructiva, en tanto experto y por la ubérrima confianza que transmite al consumidor y que de suyo éste le deposita, tiene el deber de informar de forma idónea y oportuna, e incluso tomar acciones para prevenir y prohibir todo cambio o mutación en cuanto a las características, tiempos, condiciones, entre muchos otros aspectos que afecten al consumidor, sin querer significar con ello que quede relevada de responsabilidad directa¹⁸¹.

Por último y considerando que es el elemento más sensible para el sector fiduciario y financiero, se debe decir que respecto a la calidad e idoneidad por fallas estructurales del bien o de sus acabados, si la entidad fiduciaria asume una función de desarrollo material del proyecto contratando los terceros - constructor, diseñador, calculista, entre otros -, o incluso se le delega la facultad de contratarlos, lo cual no es frecuente, y dado que dicha entidad tiene la obligación

¹⁷⁸ Ley 1480 de 2011, Art. 5º numeral 1. Calidad: Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él.

¹⁷⁹ Ley 1480 de 2011, Art. 11º numeral 5. Aspectos incluidos en la garantía legal. Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones: (...) 6. La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna.

¹⁸⁰ Ver Supra, Capítulo I, Pág., 55

¹⁸¹ Ver Supra, Capítulo I, Pág., 56

de desplegar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad, aunado a diversas obligaciones propias que asume en su gestión y deberes secundarios de conducta, tal es el caso de la ubérrima y máxima diligencia, pues no puede descartarse una obligación de garantía en su calidad de productor o proveedor del bien, al margen de que la estructura típica del contrato comercial de fiducia conlleve a que la fiduciaria actúa como vocero de un patrimonio y no en nombre propio, pues al margen de las estructuras típicas, el régimen general de protección al consumidor como derivación de la constitución, será norma superior imperativa y principal adosada a estos negocios, de donde será la realidad económica, jurídica y social lo que tipifique la relación y no las formas negócias con un contenido insustancial respecto de dicha realidad.

Si en el esquema utilizado la fiduciaria ocupa el rol de la empresa constructora o administrador de la obra, además que celebra y concurre a la firma de los contratos de preventas, vinculación y escrituración, la responsabilidad en materia de consumo no dependerá de su condición de fiduciario como vocero sino de su rol de productor o proveedor¹⁸², esto es, de la realidad del negocio y la participación en el. Y es que es dable resaltar que la Ley 1480 de 2011 no condicionó tal calidad de productor o proveedor a alguna circunstancia especial como el actuar en calidad de vocero, ni hizo ningún tipo de salvedad al respecto, pues llegar a tal conclusión podría conducir incluso en una aplicación analógica, a descartar a manera de ejemplo la calidad de productor de empresas constructivas vinculadas a través de la figura de la administración delegada que supone que el constructor actúa como un administrador de quien lo contrata y no en nombre propio.

¹⁸² BILVAO ARANDA, FANCUNDO M. "El contrato de fideicomiso inmobiliario en la Argentina. Año: 2012. Abeledo Perrot. Pág. 172.

Como se sostiene en la doctrina argentina, la fiduciaria será en algunos casos alcanzada por la Ley de Defensa del Consumidor [...] por su rol de seleccionador y controlador de la originante y de la empresa constructora. También lo es por su evidente participación en lo que la ley 24240 define como "cadena de comercialización", aun cuando en su condición de fiduciario haya formalizado los contratos de venta de los adquirentes de viviendas por cuenta y orden del fideicomitente¹⁸³. [...]. Se resalta un planteamiento esbozado por la jurisdicción argentina plenamente aplicable al caso colombiano, en donde en atención a estos deberes específicos de conducta, la fiduciaria resulta alcanzada en su responsabilidad personal frente al consumidor:

[...] Y, en tal aspecto, no puede negarse que sus facultades para supervisar la calidad técnica de la obra y el cumplimiento de los plazos contractuales, aprobar los planes de venta y ser quien —en definitiva— estaba legitimado para transferir el bien; no lo desligan de la operatoria, considerada ella de manera integral [...] la entidad financiera poseía el carácter de titular del bien, cierto es que con los alcances de la ley n° 24.441, pero sin que ello incida, de modo decisivo para desvirtuar su responsabilidad frente al consumidor por las deficiencias del mismo al ser el único legitimado para transmitir su dominio [...] No puede dejar de señalarse que la relación jurídica entre la constructora y el Banco no puede hacerse extensiva al consumidor, en razón del efecto relativo de los contratos (art. 1195 del Código Civil). En ese contexto, en el que además era la titular fiduciaria y quien transfirió el bien, y que —a su vez— le asistían facultades de contralor sobre la calidad y cualidad de la ejecución de la obra; se hace nítido su deber de ajustar su proceder a los términos acordados y publicitado. [...] Tampoco la cuestión recibiría un tratamiento diverso por aplicación de los arts. 14, 15 y 16 de la ley n° 24.441, ya que aun cuando en el fideicomiso se estableciera la existencia de un patrimonio separado y un régimen específico de responsabilidad patrimonial frente a los terceros, no es ese el punto que se debate en la emergencia, sino —por el contrario— si quienes estaban relacionados en la operatoria de construcción y venta de las viviendas, dieron cumplimiento a las obligaciones que impone la ley n° 24.240. Muy distinto es, por tanto, elucubrar acerca de hasta dónde lleva el régimen de responsabilidad civil en un contrato de fideicomiso, que hacerlo con respecto a las facultades sancionatorias que, en todo caso, cabe por el incumplimiento de las reglas que procuran un sistema de garantías para el consumidor, ya que éste limita su conducta a asentir con las cláusulas predispuestas. Esto, sin tener siquiera un conocimiento claro y preciso del vínculo existente entre los diversos componentes de la operatoria. Por otra parte, y a mayor abundamiento, debe señalarse que como puede colegirse de la detenida

¹⁸³ Ver Supra, Capítulo II, Pág. 137.

lectura de los documentos allegados, el Banco Hipotecario gozaba de amplias facultades para determinar, en varios aspectos, la conducta de la empresa constructora, y así también las cláusulas contractuales a las que estaba sujeto, en última instancia, el consumidor [...] en primer término, no se trata de dilucidar la responsabilidad civil del Banco frente a terceros en el marco de un fideicomiso sino si se incumplió con las previsiones de la ley n° 24.240. Dejando sentado, además, que de la ley n° 24.441, en ningún momento se sigue que la entidad financiera, por ser simplemente titular del "dominio fiduciario", no sea responsable frente al comprador¹⁸⁴ [...]

Como se ha establecido por la jurisprudencia nacional, en atención a la ubérrima confianza depositada por el constituyente y la sociedad en general, es que a la fiduciaria le asisten deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, adopción oportuna de medidas idóneas exigibles, y todo el *conjunto de reglas implícitas o explícitas*, así como todos los compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, *fides*, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes las cuales asume directamente y no en función de su actuar para otro, o como vocero de un patrimonio autónomo o como propietario instrumental del bien objeto de transferencia. Su responsabilidad profesional se impregna no solo de la aplicación de los principios técnicos y científicos exigibles, sino de *normas protectoras del individuo y de la sociedad*, que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión¹⁸⁵.

Todos estos deberes son, los vínculos jurídicos secundarios base de toda esta estructura supra contractual u operación jurídico económica perseguida, de los cuales emerge por su grado de participación en todo el iter contractual, la obligación de asumir directamente frente al consumidor las garantías legales y

¹⁸⁴ Ver Supra, Capítulo II, *pág. 146*

¹⁸⁵ Cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177, citada en Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

constitucionales que en materia sustancial están consignadas en la Ley 1480 de 2011 y complementarias frente al consumidor inmobiliario.

Nótese como la Corte resalta como deberes de conducta de la entidad fiduciaria la aplicación oportuna de medidas idóneas exigibles tanto explícitas como *implícitas*; y que su actividad no solo se impregna de la aplicación de los servicios técnicos y científicos, sino de *las normas protectoras del individuo y de la sociedad*, luego en esta línea, si bien la fiduciaria en un contrato comercial de fiducia tiene una regulación especial para su sector, al momento de involucrar su actuar con un consumidor de un bien inmueble que a la postre será garantía de principios y derechos de raigambre constitucional; debe incluir reglas implícitas y normas protectoras del individuo y la sociedad que evidentemente serán la Ley 1480 de 2011 y demás complementarias que son derivación directa de la constitución.

Se afirma en la providencia a la cual se viene haciendo referencia que el negocio fiduciario y la actividad fiduciaria en todo este complejo cúmulo contractual, es un *todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos* aludiendo al *deber de protección* como principio contractual que [...] extiende la responsabilidad obligacional por incumplimiento, a la protección de los derechos, bienes e intereses de las partes e incluso de terceros por su exposición al riesgo de causarles un daño en razón del vínculo jurídico o como consecuencia de la actividad de otros, y los cuales, ciertamente, son ajenos a la prestación, pero se originan en la ejecución de la relación contractual, por causa u ocasión de ésta, sustentándose en el deber de corrección, probidad, lealtad y buena fe, dentro de las cláusulas normativas generales¹⁸⁶ [...].

¹⁸⁶ Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

En este mismo sentido, refiriéndose al deber de protección como derivación del principio de buena fe propio de la actividad fiduciaria, que a la postre será fuente de integración normativa de la Ley 1480 de 2011, el Profesor BAENA CÁRDENAS sostiene que [...] al convertirse la buena fe en fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal y producirse una integración del contenido del negocio, se amplía el ámbito de la responsabilidad contractual, habida cuenta de que junto a la responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto, derivada del incumplimiento de la prestación, surgen los presupuestos de violación de los deberes de protección emanados del principio de la buena fe objetiva [...], y ello dado que en la práctica:

[...] las sociedades fiduciarias se han dado en la tarea de sostener la tesis según la cual la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, valiéndose de un vehículo de propósito especial como es la fiducia inmobiliaria, se regula de manera separada por las normas relativas a la fiducia mercantil y las atinentes a la compraventa de inmuebles o al leasing habitaciones [...] para los cultivadores de esta tesis, lo anterior significa que tales contratos poseen completa autonomía y no son susceptibles de interferencias de carácter jurídico entre ellos. O, para ser más explícitos, que la celebración del contrato de fiducia mercantil o de encargos fiduciario, según el caso, entre el o los fideicomitentes promotores/construtores/desarrolladores y la sociedad fiduciaria no está supeditada a la celebración del negocio jurídico entre los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción¹⁸⁷ [...].

La fiduciaria en este esquema adquiere una doble posición de experto y de proveedor de servicios, de donde surgen deberes de conducta específicos, principios interpretativos en favor del fideicomiso y de terceros¹⁸⁸ y una responsabilidad directa por las pautas de conducta, el deber de protección y las normas protectoras del individuo y la sociedad.

¹⁸⁷ Ver Supra Capítulo I pág., 37

¹⁸⁸ CAO, Christian Alberto. El contrato de fideicomiso, las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, y la protección constitucional de los usuarios y consumidores. Ver Supra Capítulo II. Pág. 133

En este contexto, se debe considerar el ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas con miras a la realización de los valores y objetivos consignados en la Constitución¹⁸⁹, de suerte que el deber de *máxima y ubérrima confianza*, según el cual en su actividad *se integran las normas del individuo y la sociedad* producto de la conexidad contractual, lleva a considerar que en este plano contractual, no puede concebirse una separación de regímenes normativos paralelos e independientes entre sí. Es decir, no puede entenderse que el consumidor en relación con la fiduciaria solo tenga los derechos consagrados en las normas que integran el sector financiero, como si se tratase de un mero consumidor financiero, por cuanto contrario a ello, en este tipo de esquemas va a tener esa doble connotación: consumidor financiero a la par de consumidor general de un bien inmobiliario.

Y es que haciendo referencia a la normatividad que integra el sector financiero, es la propia Ley 1328 de 2009 la que, en su artículo primero, además de consagrar los principios y reglas de protección, establece que las mismas se aplicarán “*sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección*”. Así mismo, en el decálogo de deberes de las entidades vigiladas se establece que estarán a su cargo las demás obligaciones que establezcan las normas concordantes, *complementarias*, reglamentarias, *las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado* o del servicio prestado a los consumidores financieros¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Sentencia Corte Constitucional C – 839 de 2011.

¹⁹⁰ Art. 7. Lit. u. u) Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.

En este esquema complejo y conexo contractual existe un encuentro de regímenes que, en vez de excluirse se complementan, se conectan, se fusionan de forma armónica y coherente a fin de maximizar la protección del consumidor. El consumidor inmobiliario halla en su favor una duplicidad de regímenes protectores conectados de forma lógica - Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011 -, pues mientras aquella al regular el objeto y ámbito de protección en el artículo primero permite su complemento con otras normas, está en el artículo segundo de forma coherente da plena aplicación a los regímenes particulares pero suplementados o complementados de la forma más favorable al consumidor.

Las dos normativas que integran los derechos del consumidor en una relación contractual de fiducia, tienen un hilo normativo comunicante que los enlaza. El artículo primero de la Ley 1328 de 2009 establece que: *“El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección”*, mientras que el artículo segundo de la Ley 1480 de 2011 consagra que: *“Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley”*, de donde no resulta posible superponer uno o excluir el otro en el rol de la entidad vigilada con el consumidor, pues se resalta su importancia en el orden social y económico, lo que justica:

[...] el establecimiento de controles y políticas restrictivas en su desarrollo, amén de llevar ínsita la exigencia para las instituciones financieras de un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una

organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera [...] De todas maneras, no se puede pasar por alto que la razón de ser de la derogatoria fue que en la Ley 1328 de 2009, se desarrolló lo concerniente al Régimen de Protección del Consumidor Financiero, con el propósito de «establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección» (art. 1). [...] Incluso se delimitaron como principios orientadores de las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, la «debida diligencia» de éstas al ofrecer los productos o prestar los servicios entregando la información y atención debida «en el desenvolvimiento normal de sus operaciones», fuera de la «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna» que le permita a aquellos conocer sus derechos, obligaciones y costos del vínculo (art. 3º, literales a y c)¹⁹¹ [...]

De hecho, la conexidad normativa de regímenes se deriva no solo del ámbito y objeto de la Ley 1328 de 2009, sino diversos artículos de la misma que guardan la misma coherencia. Obsérvese que como principio rector de dicha normativa se resalta la *Debida Diligencia* como el deber de conducta de las entidades vigiladas de forma que se propenda “*por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero* (Artículo 3, Literal a¹⁹²); y como derechos del consumidor no solo los consagrados en la misma, sino en las demás disposiciones vigentes (Artículo 5¹⁹³); luego en el mismo artículo se consagran los derechos del consumidor de

¹⁹¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, SC 18614 del 19 de diciembre de 2016, Rad. n.º 2008-00312-01.

¹⁹² a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

¹⁹³ **ARTÍCULO 5o. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.** Sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, los consumidores financieros

recibir de parte de las entidades vigiladas *“productos y servicios con estándares de seguridad y calidad^{194”}*; de tener a su disposición información y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna y verificable en los términos de dicha ley y *“en las demás disposiciones de carácter especial^{195”}* ; y en general, todos los otros derechos consignados en esta ley *“o en otras disposiciones^{196”}* .

Un análisis teleológico y sistémico de la Ley 1328 de 2009 conforme las disposiciones antes mencionadas, lleva a la conclusión de que la misma procura establecer un marco general regulatorio de protección al consumidor en un sector particular, pero no excluyente y por el contrario integrado, de tal forma que el consumidor resulte favorecido de un sistema jurídico armónico direccionado por los principios tuitivos de nuestra Carta Política. De esta forma, recae en este criterio concluir que este fenómeno de conexidad contractual, del cual derivan sendos deberes secundarios de conducta, que desemboca necesariamente en una convergencia normativa, va a ser armonizado de forma coherente incluso por los regímenes especial y general, de donde resulta entonces que el uno no se superpone al otro y, por el contrario, la Ley 1480 de 2011 se imbrica en el cúmulo obligacional en cabeza de las entidades fiduciarias siempre bajo el principio de favorabilidad en los casos de antinomias normativas, lagunas, o regulaciones menos protectoras. Lo anterior siempre en consideración el grado de participación de la fiduciaria en lo que concierne a los derechos sustanciales del consumidor

tendrán, durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada, los siguientes derechos:

¹⁹⁴ a) En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas.

¹⁹⁵ b) Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.

¹⁹⁶ f) Los demás derechos que se establezcan en esta ley o en otras disposiciones, y los contemplados en las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

inmobiliario de información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual.

3.1.2 El consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente – Efectos de las cláusulas estipuladas por los originantes de la operación y de las cláusulas abusivas –

Se expresó en capítulos anteriores que el consumidor en los esquemas constructivos desarrollados a través de fiducias inmobiliarias de administración y pagos, es un tercero ajeno a dicho contrato, es decir, no forma parte de la estructuración de los negocios jurídicos constitutivos en ninguna de sus etapas - previa, de desarrollo y de liquidación -. El consumidor al vincularse a la fiducia a través de encargos fiduciarios de preventas en la etapa previa o de vinculación a la fiducia inmobiliaria propiamente dicha en la etapa de ejecución, tiene un interés propio y personal, el cual no es otro que el de adquirir una vivienda digna para satisfacer dichas necesidades. Son el promotor, constructor, desarrollador y la fiduciaria por mencionar algunos, quienes, guiados por una finalidad lucrativa y empresarial, propician y estructuran todo este complejo contractual, dictando en su beneficio y conforme su voluntad, todos los contenidos que disciplinarán dicha operación.

Desde una fase previa de preventas, pasando por la de desarrollo y posterior liquidación, serán los constituyentes (sean beneficiarios o no) y la entidad fiduciaria, quienes dictarán todos los contenidos de las cláusulas que se incluirán en los contratos de constitución principales y en la multiplicidad de subcontratos conexos *v. gr.* contratos de preventa, contratos de vinculación a la fiduciaria en calidad de inversor, boletos de preventa, contratos de promesa de compraventa, escrituras de tradición a título de cesión de beneficio, escrituras de tradición a título de venta, entre otros -, las cuales serán reglas predeterminadas que hacen

que dichos contratos sean de los denominados *de adhesión*. En la generalidad de los casos, el consumidor inmobiliario en el único acto mediante el cual se vincula, ora en la etapa previa, ora en la etapa de desarrollo, tiene limitada su capacidad de disenso frente a las cláusulas preestablecidas – *o lo toma o lo deja* –.

En este escenario de evidente asimetría, serán las normas de protección al consumidor – bien las generales o las particulares –, las únicas prerrogativas que garanticen su necesidad. De allí que muchos de los contenidos negociales o acciones desplegadas en la ejecución por los demás intervinientes – fiduciaria, promotor, desarrollador, constructor –, no alcanzarán al consumidor y en su reemplazo entrarán en garantía y como vínculos jurídicos directos en cabeza de estos, dichas normativas protectoras como contenidos directos derivados de la Constitución Política.

Se ha indicado que el esquema de fiducia inmobiliaria propuesto – de administración y pagos o clásico – que corresponde propiamente a la fase del desarrollo inmobiliario, es precedido por una etapa preliminar llamada comúnmente *de preventas*, para al final culminar con la etapa de liquidación con las connotaciones jurídicas que les corresponden. Otros reconocen solo dos etapas o hasta una cuarta, luego es una discusión que para efectos de lo que planteamos se hace irrelevante abordar. En este iter contractual conexo y sucesivo, existirán negocios jurídicos típicos o atípicos que serán vasos comunicantes entre etapas, sujetos y posiciones contractuales. En este contexto, se encuentran intervinientes que pueden o no ser parte del contrato que da origen a la operación jurídico económica o de los contratos posteriores que dan nacimiento a las sucesivas y concatenadas etapas, o que siendo parte de estos, no tienen opción diferente que el de adherirse a las cláusulas preestablecidas plasmadas documentalmente; luego las reglas contractuales por su redacción,

pareciera se irradian y surten efectos frente a terceros que no fueron parte de estos o que su capacidad volitiva y de disenso se halla limitada. Ante este escenario, se hace indispensable identificar los diversos actores que en la generalidad de los casos participan en dicho negocio como parte propiamente del contrato fiduciario, o vinculados como ejecutores *v. gr.* promotor, constructor, interventor, calculista, arquitecto, entre muchos otros; o vinculados en calidad de meros inversionistas; o como fideicomitentes o beneficiarios consumidores o simplemente compradores finales consumidores. De dicha clasificación e identificación se derivarán reglas contractuales disímiles que impactarán los vínculos jurídicos que surgen de las cláusulas contenidas en los negocios jurídicos y de las normas de orden público que en algunos casos entrarán a suplir y superponerse sobre los pactos privados.

La definición del artículo 1226 del Código de Comercio, indica que en el contrato de fiducia comercial se hallan presentes tres sujetos: el fiduciante o fideicomitente constituyente; el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario que puede ser o no constituyente o un tercero. Empero, para el perfeccionamiento del contrato, incluso, basta la presencia del fideicomitente y del fiduciario, sin la necesidad de la existencia, concurrencia o la anuencia del fideicomisario o beneficiario. Esta definición que de suyo pareciera se torna pacífica, no es tal, puesto que la realidad de la operación jurídico económica nos muestra como en dicho negocio, hay participación de múltiples sujetos con diversos intereses; vinculados en momentos contractuales disímiles, pero conexos; a través de formas típicas o atípicas diferentes; con calidades y cualificaciones especiales que a la postre integran regímenes jurídicos de diversos sectores. Los intervinientes podrán ser o no fiduciantes, fideicomisarios o ambas; partes, terceros o intervinientes ejecutores de las actividades necesarias para el desarrollo, luego para lo que interesa al presente, imperioso se hace identificar quién detenta la calidad de parte y quién por el contrario es un tercero ajeno a la operatoria y adquiere la unidad inmobiliaria

guiado por una necesidad propia, personal o familiar, es decir, como consumidor inmobiliario.

A este respecto, indica el Profesor Rodríguez Azuero¹⁹⁷ que existen dos posibilidades para detentar la posición de fideicomitente: En calidad de fideicomitente inicial o, como inversionista o adherente. El inicial será quien da nacimiento a la operación económica y al contrato inicial, bien en la etapa previa, ora en la etapa de desarrollo, y que puede ser singular o plural *v. gr.* el o los propietarios del inmueble o los inmuebles sobre los que se levantará el proyecto; quienes aporten los recursos económicos u otros bienes muebles o inmuebles; el constructor o promotor, o en general uno o algunos de estos. Por su parte, el denominado *inversionista* o adherente se vinculará en la etapa previa celebrando los encargos fiduciarios, o en la fase de ejecución mediante contratos de vinculación a la fiducia como fideicomitentes a su vez beneficiarios bajo la denominación de *inversores*, o a través de promesas de compraventa como adherentes al contrato principal, o incluso podemos afirmar que pueden llegar a existir terceros que adquieran la calidad de meros compradores de la unidad funcional inmobiliaria dada la flexibilidad que reviste la figura, es decir, que no hacen parte del negocio fiduciario. Luego quien se vincula en la etapa previa o de desarrollo a través de cualquiera de las formas indicadas sin revestir la categoría de fideicomitente inicial, a su vez puede tener un fin de especulación o simplemente lucrativo, o por el contrario ser un destinatario final con una finalidad personal o familiar, es decir, un consumidor inmobiliario.

Se encuentra para lo que corresponde a esta investigación, que el consumidor final de la unidad inmobiliaria puede vincularse al negocio jurídico de fiducia como fideicomitente *inversionista* a su vez adherente beneficiario o únicamente como

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Op.cit., p. 478.

beneficiario, sea en la etapa previa o en la de desarrollo, luego, en cualquier caso, será un tercero ajeno al negocio primigenio que dio lugar a la estipulación que el constituyente inicial pactó en su favor. El consumidor inmobiliario, sea beneficiario, adherente, inversor o cualquier otra denominación que se le dé, [...] ni es parte de la estipulación a su favor ni menos aún lo es del contrato que la contiene, “y sus derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada *ex ante* por los contratantes, estipulante y promitente”; es decir que, una vez “inserta la estipulación a favor del tercero en un contrato, su derecho se restringe a la prestación prometida, sin convertirse en parte ni comprender los derechos u obligaciones de la relación entre el estipulante y el promitente o la del contrato entre estas¹⁹⁸ [...]. Se afirma en este sentido que en rigor, [...] en el negocio las partes son quienes regulan sus intereses, o más precisamente los titulares de intereses que allí se definen¹⁹⁹ [...]. En este sentido, en el plano contractual de vinculación del consumidor a la operación económica, es dable afirmar que en ningún momento interviene ni plasma su voluntad en los negocios jurídicos iniciales o de desarrollo, esto es, los contratos de encargos fiduciarios de preventas o de fiducia inmobiliaria de administración y pagos en los cuales se proyecta la operación de forma integral. Como se ha dicho por la jurisprudencia nacional:

[...] las *partes* del negocio jurídico de fiducia mercantil, son el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario; el beneficiario o fideicomisario, *expressis verbis* es “*un tercero*”, cuya previsión por las partes, ni siquiera es menester para la celebración, existencia o eficacia final de la fiducia mercantil, en cuanto la finalidad fiduciaria podrá determinarse por el constituyente, fiduciante o fideicomitente, exclusivamente en su provecho, y determinada, por éste, a favor de un tercero, no por ello adquiere la calidad de parte, aunque su existencia condiciona la eficacia final del acto dispositivo, sus efectos definitivos, los fines perseguidos por las partes y su función práctica o económica social [...] A dicho propósito, “la

¹⁹⁸ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 106

¹⁹⁹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Pág. 488. ISBN: 97895877235564

existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero si debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto” (artículo 1229 del Código de Comercio), es decir, el negocio fiduciario existe a partir de la observancia de sus elementos esenciales y forma constitutiva, pero sus efectos finales se sujetan a la *conditio iuris* de la existencia del tercero beneficiario y a su aceptación, sea expresa, sea tácita o por conducta concluyente, la cual, una vez producida, tampoco lo convierte en parte del contrato, sino en beneficiario de la prestación [...]. El beneficiario o fideicomisario, cuando por disposición autónoma del constituyente se determina la finalidad fiduciaria en su provecho, por la definición *iuris* de la categoría *legis* de la fiducia mercantil, su función práctica o económica social y expresa disposición legal (artículo 1226 del Código de Comercio), es un tercero, cuyos derechos son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aún si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado²⁰⁰ [...]

Es evidente que el consumidor no se sienta en un plano de igualdad con el constructor, promotor, desarrollador, propietario de bienes muebles o inmuebles, aportantes y fiduciaria, a discutir las reglas e intereses que disciplinarán el negocio; por el contrario, el mismo se vincula a la estructura negocial ya definida en determinado momento, encontrando predisuestas multiplicidades de reglas que pareciera se irradian al mismo. Estas estipulaciones preestablecidas ex ante, han sido óbice para que las entidades fiduciarias en la práctica planteen sendas cláusulas de exoneración de responsabilidad frente al consumidor inmobiliario y esgriman en su defensa estas en escenarios judiciales y administrativos. Como lo sostiene Doctrina de autoridad en la materia:

[...] es claro que la situación en que se celebran los contratos mediante los cuales los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del desarrollo del respectivo proyecto de construcción se vinculan al esquema fiduciario es de desigualdad entre el fiduciario que concibe de forma unilateral cómo habrá de celebrarse una cantidad indiscriminada de esta índole, y dichos terceros que se adhieren sin tener la posibilidad de negociar el contenido de las obligaciones que surgirán del contrato, “[...] ni poder conseguir, mediante una negociación equitativa, que éste pueda ser corregido en alguna forma para

²⁰⁰ Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

adaptarse mejor a sus necesidades individuales [...]»²⁰¹. [...] Así, el contrato fiduciario termina siendo no lo que quieren y necesitan los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del desarrollo del respectivo proyecto de construcción, sino lo que quiere el fiduciario que sea, circunstancia que contradice lo dispuesto por el artículo 1226 con respecto a que la finalidad se establece o estipula de modo contractual a favor del beneficiario²⁰² [...]

Luego como se ha sostenido, al margen de dicha regulación producto de la autonomía privada, para efectos del consumidor inmobiliario, el negocio fiduciario articulado y estructurado por el fideicomitente inicial y la fiduciaria y ejecutado por diversos actores, es un vehículo contractual de un negocio subyacente, y lo que tipificará la relación será el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato de consumo. En otras palabras, si bien es cierto la estructuración, desarrollo, ejecución y liquidación del proyecto constructivo se efectúa a través de un contrato de fiducia - llámese encargo o fiducia propiamente dicha-, muy distinta va a ser la relación entrabada con el consumidor inmobiliario, pues frente a ella, las disposiciones predispuestas y que la anteceden, no pueden superponerse sin otros matices o consideraciones de índole constitucional y legal.

Sentadas las anteriores premisas, la cuestión se centra en indagar sobre el alcance y los efectos de las cláusulas predispuestas y, en particular, las que tienden a exonerar de la responsabilidad por la información y publicidad, la garantía de calidad, idoneidad y seguridad y la protección contractual a la entidad fiduciaria. Es decir, cuál es la eficacia del o los negocios jurídicos en los cuales se suelen insertar exoneraciones de responsabilidad frente al consumidor. Valga mencionar, a manera de ejemplo, dos cláusulas eximentes de responsabilidad

²⁰¹ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio (1999) Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía, Barcelona: J.M. Bosch Editor, p. 42. Citado Por: BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. Pág. 120.

²⁰² BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. Op.cit., p. 120.

plasmadas en modelos marco utilizados por entidades fiduciarias²⁰³, las cuales son de común utilización:

[...] PARAGRAFO PRIMERO.- Declara que conoce y acepta que EL FIDUCIARIO, no es ni constructor, ni gerente, ni interventor, ni promotor, ni participa en manera alguna en el desarrollo de EL PROYECTO y en consecuencia no es responsable ni puede serlo en ninguno de los eventos previstos en este contrato o en el de Fiducia Mercantil celebrado mediante escritura pública número _____ (____) otorgada el _____ (____) de _____ de _____ (____) en la Notaría _____ (____) del Círculo de _____, es decir, ni por la terminación, calidad o precio del bien que se determine en el presente contrato [...] PARÁGRAFO PRIMERO.- Se deja constancia expresa que cualquier variación en los costos y/o gastos del PROYECTO será responsabilidad exclusiva de LOS FIDEICOMITENTES CONSTRUCTORES, sin que EL FIDUCIARIO tenga injerencia alguna en los mismos [...]

A este respecto, ha sostenido la jurisprudencia nacional que desde el propio acto constitutivo de fiducia, el tercero beneficiario adquiere el beneficio con los derechos inherentes consagrados en él y en la ley, mas no los de las partes, ni se convierte en parte, de donde se sigue que no asume los derechos y obligaciones de ellas y por ende cláusulas como las transcritas y sus efectos, no lo alcanzan²⁰⁴. La Doctrina nacional frente al alcance de la autonomía privada que repercute en derechos de terceros, tiene sentada la posición según la cual las partes del contrato no se encuentran [...] habilitados para emplear su autonomía en detrimento de intereses extraños, tutelados por la ley al punto de permitirles la enervación de las consecuencias nocivas de los actos ejecutados en fraude a ellos [...] en donde [...] la eficacia del negocio, subordinada al lleno de los requisitos de ley, reduce su acción a la esfera estricta de las partes, a veces la amplía a sus causahabientes, y en ningún caso puede llegar a vulnerar situaciones dignas de

²⁰³ <<https://www.colpatria.com/Fiduciaria/politicas/contratos-de-fiducia>>

²⁰⁴ Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

amparo²⁰⁵ [...]. Extender sendas limitaciones de responsabilidad ex ante o incluso en contratos típicos de adhesión respecto del consumidor y frente a un derecho inherente al ser humano como lo es la vivienda digna, es vulnerar situaciones dignas de amparo. Como lo sostiene el Profesor BAENA CARDENAS:

[...]. “tenemos que cuando se celebra una fiducia inmobiliaria para el desarrollo de construcción de inmuebles destinados a vivienda se presenta, como es apenas natural suponerlo, una tensión entre la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de competencia aplicadas a la actividad de las sociedades fiduciarias y el derecho constitucional a la vivienda digna²⁰⁶. [...]. “si la actividad de las sociedades fiduciarias es considerada como de interés público en los términos dispuestos por el artículo 335 de la Constitución Nacional y si, además, su libertad de contratación se encuentra restringida, entonces resulta inaceptable, a la luz del derecho constitucional a la vivienda digna, que en la práctica las sociedades fiduciarias pretendan exonerarse de responsabilidad por la ocurrencia de vicios que supongan o impliquen la caída material total o parcial de la viviendas o el riesgo de la misma, así como por los vicios ocultos de las viviendas cuya entidad haga que estas nos sirvan para la finalidad que les es propia y/o que superen las imperfecciones corrientes y por los vicios que sean susceptibles de provocar tales consecuencias en un momento posterior, fundamentándose para ello de manera exclusiva en el principio de la autonomía privada y en una interpretación netamente legal de las estipulaciones contractuales contenidas en los distintos modelos de contrato que suelen utilizar para instrumentalizar sus operaciones de fiducia inmobiliaria²⁰⁷. [...].

En línea con lo anterior, el Profesor RENGIFO GARCÍA, si bien al abordar la problemática sobre si el beneficiario está legitimado o no para demandar con base en los contenidos de contratos inicial fijando un criterio de relatividad, reconoce que:

[...] “Los avances de la jurisprudencia y de la doctrina permiten concluir que el otrora principio indiscutible de la relatividad de los contratos o pacta sunt servanda

²⁰⁵ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Pág. 504 ISBN: 978957723564.

²⁰⁶ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 77

²⁰⁷ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 81

está cediendo ante el embate vertiginoso de una visión pragmática del derecho, que impone el deber de proteger el interés del otro sujeto contractual e incluso el de los terceros. El arraigado individualismo que en otros tiempos sirvió para favorecer al más hábil o astuto que bajo la letra pretendía mantenerse indemne de cumplir con lo que la lógica y el sentido común imponen en el devenir de los negocios, hoy está expuesto, o mejor, obligado a comportarse bajo un deber de corrección que se encuentra diseminado e implícito en las más variadas relaciones negociales entre los comerciantes.”²⁰⁸ [...].

Luego si bien en un plano de simetría contractual y conforme las reglas privadas, los efectos del concepto de parte y de tercero derivan en una protección de este último en cuando el alcance e interpretación de las cláusulas predisuestas por aquellos, con más razón el ordenamiento entra en franca protección cuando dicho tercero resulta ser un consumidor, donde los contenidos de la Ley 1480 de 2011 como norma base protectora, serán aplicados independiente del esquema utilizado o de los contenidos negociales de exoneración vertidos en los documentos contractuales, pues en línea con lo reconocido por la jurisdicción Argentina, la ley de defensa del consumidor [...] sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad²⁰⁹. [...]

No se puede olvidar que el negocio jurídico de fiducia entraña un elemento esencial de confianza calificada²¹⁰, máxime cuando en el otro extremo se encuentra un consumidor en real asimetría frente a las partes. Es esa propia confianza cualificada la que lleva a los consumidores a acudir a las entidades fiduciarias para adquirir la unidad inmobiliaria, pues en ellas encuentran reunidas las condiciones de experiencia, probidad y seriedad, por ende, mal pueden superponerse en desmedro de sus intereses legítimos, cláusulas predisuestas

²⁰⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia/ Ernesto Rengifo García 3ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, Pág. 221 a 225.

²⁰⁹ Ver Supra, Capítulo II.

²¹⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de julio de 2008, [SC-076-2008], exp. (11001-3103-036-1999-01458-01).

por las partes o sobre las cuales el consumidor final no tiene la potestad de discutir las, modificarlas o excluirlas.

Si como se ha manifestado la Ley 1480 de 2011 es un régimen integrado bajo el principio de favorabilidad al consumidor, es dable concluir que las mencionadas cláusulas de exoneración no alcanzan al consumidor como tercero, y en los eventos en que el mismo pueda considerarse parte firmante, pues también se tornarían sin efecto, ya que son típicas cláusulas abusivas por producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor. Uno de los ejes sustanciales de la Ley 1480 de 2011 es la denominada protección contractual que se materializa en un conjunto de prerrogativas protectoras al consumidor tales como: el principio de interpretación favorable (Art. 34º); las condiciones negociales generales y contratos de adhesión (Art. 37º); las cláusulas prohibidas (Art. 38º); las cláusulas abusivas y el listado de las consideradas ineficaces de pleno derecho (Art. 42º y 43º). Por su parte, la Ley 1328 de 2009 como régimen especial de protección del consumidor financiero, también consagra diversos contenidos protectores que se integran de forma armónica al eje sustancial de protección contractual, a saber: el deber de abstenerse de incurrir en prácticas que conlleven abusos contractuales; de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual (Art. 7º lit. e); elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes con claridad (Art. 7º lit. f); y las cláusulas y prácticas abusivas (Art. 11º y 12º). Como puede verse, ambas normas - general y particular- contienen un régimen protector contractual a favor del consumidor convergente, armónico y no excluyente, en el cual se resalta la importancia de proscribir las cláusulas abusivas como derecho inherente del consumidor.

Así las cosas, el régimen protector del consumidor inmobiliario integrado por las normas generales y particulares cuando este se vincula a través del negocio de fiducia inmobiliaria, establece que cualquier cláusula que produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, se considera abusiva y por ende ineficaz. El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 como supuesto normativo general dispone que: *“son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor...”*. Por su parte, el artículo 43 de la mencionada ley, considera abusivas e ineficaces de pleno derecho las que: *“1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor; y 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley corresponden”*. Integrando de forma armónica la normativa general, el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 dispone: *“se prohíben las cláusulas y estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros; y d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”*. De esta forma, huelga concluir que de forma clara y en franca protección del consumidor, el régimen protector hace abstracción de las estipulaciones abusivas pactadas en los contratos iniciales en los que no participa el consumidor e incluso en los que el mismo firma en un plano de asimetría negocial, de forma tal que una relación asimétrica per sé, se equilibre en garantía de quien merece una especial protección por el ordenamiento.

Y es que conforme se ha dicho, los documentos firmados por el consumidor son producto de una organización contractual compleja ya estructurada ex ante, en la cual no hay una negociación individual con cada consumidor inmobiliario; aunado al hecho de que dichas cláusulas predispuestas y limitativas de la responsabilidad a todas luces vulneran los postulados rectores de buena fe, probidad y lealtad,

generando un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes. Como lo ha dicho la jurisprudencia nacional: [...] son características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente –: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes²¹¹ [...]. Más adelante y frente al mismo tópico, mediante sentencia SC129-2018 la Corte Suprema de Justicia²¹² establece que:

[...] Tal deber interpretativo en el juzgamiento de las referidas cláusulas es de orden constitucional, comoquiera que la Carta Política, como también lo expuso esta Corte en la providencia citada, previó que es deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333, inc. 4º). [...]. Esta tendencia asimismo ha sido expuesta por la doctrina especializada, al señalar, refiriéndose al control de las condiciones generales abusivas de los contratos, que *«(l)os límites al ejercicio de la actividad empresarial están entonces ordenados también a perseguir aquella situación de aprovechamiento económico. Las formas en que se manifiesta este desequilibrio son innumerables: (...) En breve reseña, dichos instrumentos consisten particularmente, y en primer término, en la predisposición unilateral de condiciones negociales uniformes y abusivas. (...) El derecho del consumidor a la seguridad económica y su correlato, el deber legal de garantía de la empresa, abrazan, como sustento de jerarquía constitucional y dentro de un plexo defensivo de derechos humanos fundamentales, el imperativo del control de las cláusulas abusivas predispuestas en los contratos por adhesión. El objetivo de la protección postulada en estos términos es tema central de los modernos sistemas de control de los contratos, y –cuadre destacarlo una vez más- no consiste en hacer triunfar los derechos de una categoría social sobre los de otra, sino, en un marco de convivencia de intereses, restablecer la igualdad real en las relaciones negociales, amenazada en detrimento del consumidor.»*²¹³ [...].

²¹¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 13 dic. 2002, rad. nº 6462.

²¹² Sentencia SC129-2018 la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Arold Wilson Quiroz Monsalvo del 12 de febrero de 2018.

²¹³ Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Rubén S. Stiglitz, Gabriel A. Stiglitz, Ediciones Depalma, Buenos aires, 1985, págs. 11 a 12. Citado en Sentencia Corte Suprema de Justicia SC129-2018, Magistrado Ponente Arold Wilson Quiroz Monsalvo del 12 de febrero de 2018.

En consonancia con lo anterior, es menester considerar que la entidad fiduciaria en este escenario contractual se encuentra en clara posición de dominio, de donde cláusulas predispuestas que privilegien sus intereses en desmedro de la parte débil de la operación resultan abusivas. Como lo sostiene doctrina de autoridad en la materia:

[...] es precisamente lo que sucede en el caso sub examine, en la medida en que mediante la incorporación al contrato de una cláusula como la que comentamos se está favoreciendo de manera excesiva o desproporcionada la posición contractual de las sociedades fiduciarias y perjudicando de forma inequitativa y dañosa la de los terceros adherentes interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del desarrollo del proyecto de construcción, lo que significa que a través de esa aludida y cuestionada cláusula se está atentando contra los derechos de esos terceros, derivados de su condición de consumidores financieros, en tanto y en cuanto esa estipulación contractual va en contravía de la confianza que en las sociedades depositan esos terceros [...] En tal virtud, la estipulación contractual en cuestión sin duda alguna socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que gravita sin contrapartida las condiciones en las que los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción puedan solicitar de la fiduciaria que cumpla con la obligación que le asiste en los términos previstos en el artículo 1234 numeral I. del Código de Comercio de llevar a cabo con diligencia todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad a la que se encuentran afectados los bienes fideicomitidos [...] Negarle a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción la posibilidad de reclamarle a la sociedad fiduciaria cuando el inmueble resultante del proyecto de construcción no cumple con las especificaciones acordadas o presenta vicios o fallas que amenazan con su ruina, para solo hacer mención a estos dos aspectos, implica provocar una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo de la sociedad fiduciaria, desnaturalizando así la inocultable teleología de los negocios fiduciarios en general y, en particular, de la fiducia inmobiliaria y, por contera, modificando lo dispuesto en los artículos 1226 y 1234 numeral i del Código de Comercio²¹⁴ [...]

Corolario de lo hasta aquí expuesto, se tiene que conforme la estructura contractual privada tradicional, el consumidor en cuanto tercero en el contrato de fiducia inmobiliaria, escapa de los contenidos negociales pactados por los fideicomitentes iniciales y los estructuradores de la operatoria económica en tanto

²¹⁴ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 134

se limiten sus derechos de información y publicidad, garantía, seguridad y protección contractual. Luego aun cuando el mismo pueda considerarse parte firmante de los documentos que lo vinculan en las etapas posteriores, el ordenamiento jurídico entra en franca protección derivando una sanción de ineficacia de dichas cláusulas eximentes, al considerarlas abusivas por quebrantar de forma significativa el equilibrio de la operación en desmedro del consumidor. Lo que pretende el régimen de protección al consumidor es restablecer la igualdad real en el mercado en pro de garantizar derechos superiores que se verían menguados de salir adelante sendos postulados derivados de la autonomía privada de las partes y de la concepción liberal tradicional de los contratos. Es por ello que se resalta que el consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente, por tanto en su doble calidad en una única relación jurídica - *cliente bancario y consumidor general de un bien material* - se beneficiará de [...] un régimen general correspondiente a la protección del consumidor y otro más específico que proviene de la regulación del sector financiero [...]²¹⁵

3.1.3 Las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario - artículo 3 literal a) de la Ley 1328 de 2009

De lo expuesto hasta acá y en relación a la temática que se abordara, se resaltan dos conclusiones: la primera de ellas es que la fiducia inmobiliaria tiene como finalidad económico social el desarrollo de un proyecto de construcción de inmuebles destinados a vivienda y su adquisición por parte de terceras personas²¹⁶, por lo que tratándose de los adquirentes, la función económica de la

²¹⁵ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka y otros, *La protección del consumidor bancario: examen de sus fundamentos y problemas actuales desde una perspectiva de derecho comparado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017, pag. 47. ISBN 978-958-749-746-5.

²¹⁶ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit., p. 58.

fiducia inmobiliaria no es otra distinta que la de proteger o salvaguardar sus intereses²¹⁷; La segunda, es que el consumidor como tercero beneficiario es ajeno al negocio de fiducia cuya finalidad e interés es propio e independiente y por tanto escapa de las cláusulas predispuestas o abusivas en tanto se limiten sus derechos sustanciales derivados de la Ley 1480 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, es dable sostener que la necesidad y la finalidad última del consumidor inmobiliario al vincularse a una fiduciaria inmobiliaria en cualquiera de sus etapas, será la de adquirir un bien inmueble para la satisfacción de una necesidad propia, personal o familiar, guiado por un contenido de información y publicidad que le garantice un verdadero juicio volitivo y de discernimiento; en una relación de simetría contractual garantista, no abusiva, torticera, oscura, limitativa o restrictiva; de donde el resultado final será la entrega material y jurídica de una unidad funcional digna, que cumpla con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad informadas, publicitadas, pactadas e inherentes al producto; y lo más relevante, esta finalidad y necesidad última estará confiada a constructores, promotores, estructuradores y desarrolladores, por la especial confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario por sus conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia. En otras palabras, la finalidad de consumidor inmobiliario será la de vincularse a la estructura comercial guiado por una especie de *fiel fides* que le transmite la fiduciaria, para adquirir un bien inmueble en donde en toda la operación se le garanticen mínimamente las prerrogativas protectoras consignadas en el Ley 1480 de 2011, la Ley 1329 de 2009 y demás normas concordantes, en especial, las referidas a la información y publicidad, a la garantía de calidad, idoneidad y seguridad y la protección contractual.

²¹⁷ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit., p. 74.

Sentada la posición acerca de la necesidad que persigue el consumidor en esta estructura contractual, se debe decir que la normativa sectorial dispuesta de forma especial para regular la relación entre la fiduciaria y el tercero beneficiario, tiene como uno de los principios orientadores *la debida diligencia*, entendida como la pauta de conducta del profesional altamente especializado, tendiente a que se *propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero* de acuerdo con la oferta, el compromiso y obligaciones acordadas. Dispone el artículo 3º literal a) de la Ley 1328 de 2009 - Estatuto del Consumidor Financiero - frente al principio de debida diligencia que:

[...] Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros [...]

De acuerdo con la citada disposición, en desarrollo de esta relación, la fiduciaria debe propender por la satisfacción de la necesidad de dicho consumidor financiero, que como lo mencionamos, no es otra que la de entablar una relación en un complejo contractual para adquirir un producto inmobiliario en donde se le garanticen sus derechos sustanciales derivados de la normatividad que integra el régimen de consumo, que es lo mínimo que aspira obtener de quienes ha depositado su confianza.

El principio de la debida diligencia como máxima de la actividad fiduciaria y que se halla presente en toda la normatividad sectorial y en la regulación orgánica del contrato comercial de fiducia, es derivación directa de la Carta Política de 1991, en tanto su actividad es de interés público. El artículo 335 de la Constitución Política establece que la actividad financiera es de interés público y por ende sólo puede ser ejercida por entidades autorizadas para el efecto. El legislador ha confiado a las fiduciarias por su profesionalismo y especialización, una especial fides que se transmite hacia público, pues ellas desarrollan actividades que impactan de forma masiva intereses públicos y recursos captados del público para la financiación de desarrollos inmobiliarios.

Los constituyentes depositan su confianza desprendiéndose de sus bienes para efectos de la constitución de un patrimonio autónomo radicando la propiedad en cabeza de la fiduciaria para su provecho o el de un tercero; y estos últimos a su turno, motivados por esta confianza, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad, eficiencia y vigilancia del estado, celebrarán contratos de adquisición inmobiliaria estando el proyecto aun en una etapa previa, y es por ello que existió un particular celo del legislador en la regulación de la conducta que debe observar ²¹⁸. De allí que el marco general orgánico del negocio jurídico y la normativa sectorial de la fiduciaria, responsan a la necesidad del legislador de enmarcar dicha actividad en un comportamiento de ubérrima diligencia.

El artículo 1234 numeral 1º del Código de Comercio fija como deber indelegable de la fiduciaria el de realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. Por su parte, la Ley 1328 de 2009, además de consagrar como principio rector esta pauta de conducta profesional, plasma como derechos del consumidor en desarrollo del mencionado principio, el de recibir productos y servicios con estándares de calidad y seguridad (art. 5º lit a); y, como deberes de

²¹⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. sentencia febrero 14/2006, [SC-03-2006], exp. 05001-3103-012-1999-1000-01.

estas, el de entregar el producto o prestar el servicio en forma debida, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos (art. 7º lit b). A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993 -, dicta como regla general de conducta el deber de obrar en el marco de la ley, dentro del principio de buena fe y de servicio al interés público (art. 72º). En desarrollo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Circular Básica Jurídica Parte II, Título II, Capítulo Primero, itera en el deber de diligencia, profesionalismo y especialidad como la obligación de poseer ex ante los conocimientos técnicos y experiencia suficientes y emplearlos de cara a una mejor ejecución y previsión (Núm. 2.2.1.2.5). Por último, el Estatuto General de Protección al Consumidor, prevé que sus objetivos se enderezan a proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como a amparar el respecto de su dignidad y sus intereses económicos (art. 1º).

Como puede verse, la normativa sectorial y general como derivación de la Carta Política, tienen una convergencia clara en cuanto a la importancia de la debida diligencia en el actuar de las fiduciarias. Luego debe hallarse su real dimensión en un escenario inmobiliario de consumo donde tantos intereses superiores se encuentran en juego, pues la diligencia como concepto jurídico se encuentra presente en cualquier ámbito contractual u obligacional, empero en ciertas áreas como la estudiada, su dimensión es otra. En este sentido, huelga recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia²¹⁹ en cuanto a que:

[...] el deber de conducta de la fiduciaria y el alcance de la diligencia debida en la prestación del servicio fiduciario, es particular por su profesionalismo y confianza directriz en su quehacer, por ende dicha diligencia, ha de concebirse en un grado mayor al cotidiano y en un sentido más técnico, derivándose en deberes

²¹⁹ Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, adopción oportuna de medidas idóneas exigibles, y todo el conjunto de reglas implícitas o explícitas; en compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, los de corrección, probidad, lealtad, *fides*, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes, impregnándose no solo de la aplicación de los principios técnicos y científico exigibles, sino de normas protectoras del individuo y de la sociedad, que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión. La actividad de la fiduciaria en todo el iter contractual, debe estar precedido de los deberes de protección - *Schutzpflichten* - y seguridad - *obligation de sécurité* - [...]

De lo dicho en relación a este marco conceptual de debida diligencia de la fiduciaria como profesional, se resalta lo dicho por la Corte en cuanto a que en su actuar se impregnan las *normas protectoras del individuo y de la sociedad y los deberes de protección y seguridad*, lo que resulta de trascendental importancia, puesto que en materia de consumo existe entonces un grado diferente de exigencia al encontrarnos en una relación que compromete per se derechos fundamentales. Se trata de un nivel de exigencia mayor de la fiduciaria en tanto su actividad debe tener como finalidad la de salvaguardar los derechos de consumidores y usuarios contenidos tanto en la norma especial - Ley 1328 de 2009 - como en la general - Ley 1480 de 2011 -. Señala el Profesor BAENA CARDENAS sobre el particular que:

[...] ese linaje constitucional y supra legal que reconoce y desarrolla los derechos fundamentales de los consumidores financieros conduce necesariamente a una nueva manera de interpretar el régimen que informa la responsabilidad de las instituciones financieras, haciendo que el nivel de diligencia se torne más exigente. Y es que, siguiendo las necesidades básicas del consumidor señaladas en el artículo 78 CP, las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 se han encargado de concretar la responsabilidad civil de las instituciones financieras en general, enfatizando en aquellos aspectos relacionados con la confirmación de que el consumidor financiero tiene derecho a ser informado y educado y con el deber de garantizar las condiciones de calidad en la prestación de los servicios financieros propios del objeto social de tales entidades²²⁰ [...]

²²⁰ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 269

Los deberes de protección y seguridad citados en la referida sentencia, como pautas de conducta de la prestación de la fiduciaria, responden precisamente al especial celo del constituyente en proteger el individuo y la sociedad en el marco de un Estado Social de Derecho impregnado del principio de solidaridad. Son dos conceptos propios del derecho privado traídos de la jurisprudencia y doctrina alemana y francesa, los cuales en su estructura responden propiamente en nuestro criterio al deber de diligencia positivizado en toda la normativa que regula la actuación de la fiduciaria. Es decir, el deber de ubérrima diligencia fiduciaria en sí, guarda correspondencia con la dogmática trazada alrededor del deber de protección y seguridad. Se reconoce frente al primero de ellos, “que al lado de la prestación y de los demás comportamientos ligados al cumplimiento de la prestación, existen deberes de protección que sirven para salvaguardar la integridad de las partes; los cuales surgen antes de la celebración del contrato y después de su ejecución, que buscan compensar el mayor riesgo en el que se encuentran los bienes jurídicos de las partes que participan en la relación obligatoria²²¹”. Respecto del segundo, se ha considerado en Francia que se reconocen deberes de comportamiento más allá de la prestación, extendiendo dichas obligaciones a cargo de los profesionales²²².

Significa lo anterior que el deber fiduciario en la estructura contractual propuesta - *fiducia inmobiliaria de administración y pagos o completa* -, se endereza a la satisfacción de las necesidades del consumidor inmobiliario vinculado en cualquier etapa del iter contractual, sea cual fuere la denominación o calificación que se le dé. Así las cosas, el análisis de la prestación debida de la fiduciaria frente a los bastiones sustanciales de la Ley 1480 de 2011 y concordantes, debe partir de la fase contractual en la que se vincula el consumidor, del compromiso adquirido y los roles asumidos, ejecutados y del grado de vinculación de la fiduciaria en el

²²¹ RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. “Deberes de Protección aun frente a terceros en la dogmática alemana. Revista de Derecho Privado, No. 20, Enero – junio de 2011 pag. 301 – 346. Universidad Externado de Colombia < <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2895>>

²²² Ídem.

proceso, pues de allí puede identificarse la finalidad y necesidad del adquirente al vincularse a esta estructura y particularmente con una entidad fiduciaria altamente calificada.

Como se expuso en capítulos anteriores²²³, en el esquema propuesto se tiene un marco general que se segrega en múltiples actividades que suelen ejecutarse por parte de la entidad fiduciaria. La función principal sería la de administrar y representar un patrimonio autónomo con el fin de levantar un proyecto inmobiliario para posteriormente transferir dichas unidades resultantes a los terceros adquirentes. Luego en desarrollo de dicha finalidad, la entidad fiduciaria despliega múltiples actividades que impactan directamente el consumidor en relación con sus derechos. A manera enunciativa se pueden mencionar los siguientes: (i) la estructuración contractual de vinculación y la firma o perfeccionamiento del contrato; (ii) la escrituración y tradición o entrega jurídica; (iii) probablemente el compromiso con el fideicomitente para que el fiduciario sea quien además de administrar, desarrolle directamente el proyecto, contratando con terceras personas la construcción o la obligación, no de desarrollo directo, pero sí la celebración de los contratos de obra y suministros; (iv) en la etapa inicial de desarrollo la suscripción de los documentos con el consumidor inmobiliario en donde este forma su voluntad, hace un juicio volitivo a partir de la información que del proyecto y la unidad inmobiliaria le sea suministrado.

Resulta evidente que la actividad de la entidad fiduciaria en las fiducias inmobiliarias de administración y pagos o *completas*, se sume con la pretensión del consumidor inmobiliario en adquirir un producto a través de una relación contractual en la cual de principio a fin, se le garanticen sus derechos a la información y a una publicidad libre de vicios o engañosa, no respecto del producto financiero de fiducia, sino del bien material que adquirió; en la que la relación contractual esté libre de abusos, de cláusulas predispuestas que

²²³ Ver Supra Capítulo I.

propendan por limitar o menguar sus derechos; y en la que al final, adquiera un producto inmobiliario con la calidad, idoneidad y seguridad adecuada, y reciba de quienes participaron en la relación la garantía que por ley corresponda.

Es este el interés final del tercero beneficiario, y por ende la actuación de la fiduciaria debe encaminarse hacia este fin, pues [...] considerando que la gestión confiada al fiduciario se caracteriza por la prestación de servicios en interés del beneficiario, fuerza es concluir que dicha gestión se configura como una relación de medio a fin [...] ya que [...] lo cierto es que ella sirve de medio, a través de la prestación de sustitución, para satisfacer el interés del beneficiario, que es la causa por la cual se celebra el respectivo negocio fiduciario [...], ello por cuanto [...] la función económica que caracteriza los negocios fiduciarios, que a la vez coincide con el interés que el ordenamiento jurídico busca tutelar o proteger, consiste en la obtención de determinada finalidad de interés para el beneficiario a través de la actividad sustitutoria del fiduciario²²⁴ [...].

Así las cosas, es la normativa sectorial, integrada de forma armónica con conceptos contractuales privados, estos a la luz de los principios tuitivos de la Carta Política, los que sugieren que en dicha relación, la obligación de la fiducia está encaminada a satisfacer las prerrogativas protectoras de información, publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad consagradas en la Ley 1480 de 2011 y concordantes respecto del consumidor, aclarando como lo hemos hecho, que el análisis tiene gran margen de relatividad precisamente por la flexibilidad de la figura, pues es posible que el rol de la fiduciaria no se enmarque ni se incorpore directamente con estos, y el vínculo obligacional en determinado evento deba hallarse en otra fuente de responsabilidad diversa, y lo anterior guarda mayor sentido si se tiene en cuenta que el consumidor [...] ni es parte de la estipulación a su favor ni menos aún lo es

²²⁴ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 100

del contrato que la contiene, y sus derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada ex ante por los contratantes, estipulante y promitente, es decir que, una vez inserta la estipulación a favor del tercero en un contrato, se restringe a la prestación prometida, sin convertirse en parte ni comprometer los derechos u obligaciones de la relación entre el estipulante y el promitente o la del contrato entre estas²²⁵ [...].

3.1.4 Las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio, bajo un régimen de responsabilidad subjetivo conforme lo normado en artículo 29.3 del Decreto 663 de 1993.

Como se expuso anteriormente, se sostiene por un sector que la fiduciaria en su gestión adquiere una responsabilidad subjetiva bajo las denominadas obligaciones de medio, respondiendo solo hasta la culpa leve. Lo anterior con fundamento en los artículos 1243 del Código de Comercio y 29 del Decreto 663 de 1993 que establece como prohibición general a las entidades fiduciarias, la asunción de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley. Se ha dicho que la capacidad de las sociedades fiduciarias que deriva de su objeto social conforme el artículo 99 del Código de Comercio, está circunscrita a la realización de los negocios a que alude el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por ser un objeto eminentemente reglado.

Bajo esta tesis, la responsabilidad frente al consumidor sería subjetiva bajo la denominada obligación de medio, respondiendo solo hasta la culpa leve, por lo cual el fiduciario en caso de una inejecución total, parcial o defectuosa de la prestación, se exoneraría demostrando diligencia y cuidado medio. Lo dicho ha

²²⁵ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 106

sido concebido como regla general por el sector fiduciario y la doctrina de la Superintendencia Financiera, lo cual hace más gravosa la situación para el consumidor inmobiliario en este tipo de estructuras contractuales.

Esta posición desconoce, para este criterio, el verdadero sentido que debe darse al artículo 29 del Decreto 663 de 1993, pues si bien el mismo establece la prohibición general de asumir obligaciones de resultado, también condiciona la regla a los casos en que así lo prevea la ley, es decir, la ley o la naturaleza del negocio o del vínculo jurídico pueden sugerir que la obligación sea de resultado. No es dable imponer una regla sacramental derivada de una lectura parcial de un artículo que se integra a toda una red normativa, ante un negocio jurídico flexible utilizado en diversos ámbitos de la economía y en el cual existe multiplicidad de participación y diversidad en la naturaleza de la prestación debida. Como lo afirma el maestro HINESTROZA²²⁶:

[...] la tradicional clasificación de las obligaciones en de medios o de resultado ha sido tomada al pie de la letra, a manera de dogma, bajo una confusión de conceptos y sin tener en cuenta otros criterios complementarios y su utilidad en cuanto a la función de la relación jurídica en cuanto a las exigencias del deudor, de lo que resulta en un carácter relativo como quiera que siempre sobre el deudor pesará el deber de diligencia [...]

A este respecto, lo que interesa es determinar [...] qué es lo que el deudor debe y, por consiguiente, qué es lo que el acreedor puede esperar y exigir de él²²⁷ [...], es decir, el interés de este y el deber de aquel, puesto que es a partir de dichos supuestos generales de donde surge el verdadero encausamiento de la clasificación: de medio, de resultado, de seguridad o de garantía. De lo que se trata es de determinar el grado de inejecución de la prestación debida, puesto que:

²²⁶ HINESTROSA, Fernando, "Tratado de las Obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes" Tomo I, Pág., 247, Universidad Externado de Colombia, 2002, Primera Edición. ISBN 958-616-614-7.

²²⁷ Ídem, Pág., 233.

[...] Debiendo cada cual comportarse con miramiento por los demás, haciendo todo aquello que pueda evitarles quebranto y, sobre todo, dejando de hacer lo que se lo pueda ocasionar, la relaciones, cuando más próximas, se tornan, si no más exigentes, sí más concretas; y a dicho propósito es útil analizar las varias constantes que se presentan en las distintas clases de obligaciones y los tejidos que en ellas se forman, en el ánimo de facilitar su comprensión y su tratamiento. Sobre la base de un postulado lógico: “para que haya responsabilidad contractual, el daño debe resultar de la inejecución del contrato”²²⁸ [...]

Subyace de la propia naturaleza del negocio fiduciario, de su desenvolvimiento en la economía nacional y de la actividad fiduciaria en el sector constructivo, que el espíritu teleológico del artículo 29 del Decreto 663 de 1993 era el de no comprometer a la fiduciaria por gestiones de resultado o garantía en actividades en las que no tomara posición propia, luego a contrario sensu, en las relaciones en las cuales adquiriere un papel protagónico, una relación más próxima, un vínculo directo con la prestación debida, pues huelga concluir que lo esperado es el resultado de la prestación y no de mera diligencia bajo una graduación de culpa en leve. Es el propio artículo, el que condiciona su aplicación a los casos en que la *ley así lo prevea*, por lo cual habría que decantar en toda esta red contractual, qué normativa se integra en su quehacer y qué tipo de vínculos jurídicos emergen de la misma.

La prestación debida en el régimen de consumo deriva directamente de la Carta Política. Establece el artículo 78 que: “*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios*”. El desarrollo legal hoy vigente de dicho mandato constitucional va a estar contenido en la Ley 1480 de 2011, sus normas concordantes y las demás normas que disciplinen un régimen especial tal como acontece con la Ley 1329 de 2009 para el sector fiduciario. Así las cosas, es el propio artículo 29 del Decreto

²²⁸ Ibídem, Pág., 237.

663 de 1993 el que dispone que los vínculos jurídicos que adquiere la entidad fiduciaria, deben corresponderse con la normativa que integra su actividad, que, para el caso analizado, atañe a toda la normativa que comprende el régimen de consumo a la luz de la Carta Política.

Aunado a lo anterior, y como se ha manifestado, es la propia naturaleza del negocio fiduciario regulado en el código de comercio, de su concepción original, de la profesionalidad del fiduciario y su “*expertise*”, de los deberes de seguridad y garantía, de la confianza transmitida al público como especie de fiel fides, del grado de participación y cercanía en el desarrollo inmobiliario y de su interrelación directa con todos los derechos en cabeza del consumidor en la estructura fiduciaria analizada, de lo que resulta que sus obligaciones sean de un resultado exitoso. Como lo ha afirmado la Justicia Arbitral en diversos laudos [...] su responsabilidad debe ser evaluada a la luz de las obligaciones que de su condición de profesional se derivan incluyendo los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, deberes que son propios de las personas que se anuncian al público como poseedoras de un “*expertise*” que permite confiar en su gestión exitosa²²⁹ [...], puesto que [...] la experiencia no sólo muestra que las obligaciones del fiduciario no son siempre de medio, pues pueden ser de resultado, sino que, de alguna manera, la simplificación que lo ha afirmado, como regla general, le ha hecho daño a la cabal comprensión de la figura y a la confianza que se requiere en grado sumo en un negocio de esta naturaleza²³⁰ [...].

²²⁹ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de VICTOR RAUL ROMERO SILVA Y GUILLERMO ROMERO SILVA contra FIDUCARIA CENTRAL S.A, GUSTAVO LOPEZ GARCIA Y ORBITA AQUITECTURA E INGENIERIA LTDA.

²³⁰ Cámara de Comercio de Cali, Centro de Arbitramento y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Luz María Zamorano de Castilla y otros, contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. Laudo del veintiuno (21) de febrero de dos mil cinco (2005).

El Profesor ARRUBLA PAUCAR²³¹ ha abordado el tema in extenso, planteando el cambio que se viene dado del sistema de la responsabilidad civil de una corriente liberal en la que el fundamento es la culpa con una graduación tripartita, hacia un sistema en el que el centro gravitacional es la víctima orbitando en torno a la deuda de responsabilidad. Afirma que conforme el principio de solidaridad social, que es eje de nuestro sistema constitucional, la responsabilidad fundada en la culpa debe romperse admitiendo otros criterios más acordes con el desarrollo empresarial y las necesidades sociales. Respecto de la actividad fiduciaria y su responsabilidad, sostiene que se hace necesario incorporar en el análisis otros razonamientos fundamentados en el principio de buena fe, que en su función creadora e interpretativa, oxigene la teoría de la responsabilidad de corte individualista, hacia una responsabilidad basada en el llamado riesgo profesional, [...] de donde puede concebirse una objetivación de la responsabilidad [...] con una adecuada interpretación de los cánones vigentes adaptados incluso a las preceptivas comunitarias o a las necesidades del comercio internacional, [...] de lo que dimanen los deberes de protección, preservación y seguridad al lado de los deberes de prestación, como cánones obligatorios de una relación compleja, que conllevan a la fiduciaria a la imposibilidad de excusarse [...] resguardado en la mediana diligencia, la de buen hombre de negocios [...] pues no otro puede ser el patrón de conducta esperado de quién desarrolla una actividad que explota y le rinde beneficios económicos²³² [...].

Concluye el autor que tratándose de las obligaciones que asume la fiduciaria, estas están compuestas tanto por obligaciones de medio, como también puede tener otras obligaciones principales o complementarias donde debe cambiar la realidad física y que son claramente de resultado, por tanto:

²³¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Los Negocios Fiduciarios y la Fiducia en Garantía*”. Tesis Doctoral España: Universidad de Salamanca” 2013. Pág. 305.

²³² Ídem Pág. 305.

[...] La tendencia actual se encamina, si no a terminar con esta tradicional discusión entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, por lo menos, a no atribuir genéricamente a una actividad como la que debe desplegar la fiduciaria, un compromiso de entrada, de si sus obligaciones son de medio o de resultado. Habrá siempre que examinar cual es el fin propuesto con la fiducia, su modalidad y los compromisos que asume la fiduciaria como profesional para naturalizar su obligaciones de acuerdo con la referida clasificación²³³ [...]

En esta dirección, el profesor BAENA CÁRDENAS²³⁴ plantea que la prohibición establecida en el artículo 29 numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, si bien es la regla para ciertos negocios fiduciarios, no puede extrapolarse a todos como canon absoluto, pues el fiduciario [...] sí se obliga a un determinado acto que es un “resultado”, instrumental si se quiere, pero apreciable en y por sí mismo [...] el cual siempre está presente en la obligación a cargo del fiduciario, pues siendo esta una obligación de actividad, esta es el objeto de la obligación²³⁵[...].

Conforme lo anterior, el contenido de la obligación en cabeza de la fiduciaria tiene gran grado de relatividad, en la medida en que será la tipología fiduciaria, la finalidad jurídico-económica de la operación, el pacto contractual, las cadenas sucesivas contractuales, las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo que se entrelacen en la operatoria y en su quehacer, las que determinarán el carácter específico de la prestación.

El deber de diligencia y principio de buena fe exigirán del fiduciario un comportamiento de conducta o actividad que propenda por el resguardo estricto de los derechos de quienes depositan su confianza y que son terceros ajenos a la relación y sujetos de una especial protección constitucional como lo son los consumidores, máxime cuando en dicha relación entran en juego otros derechos de raigambre constitucional y fundamentales. Su modelo de conducta, [...] el que

²³³ Ídem Pág. 337.

²³⁴ BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Op.cit., p. 147.

²³⁵ Ídem.

de ella se espera de acuerdo con el principio de la buena fe que debe acompañar su actuación durante la ejecución del contrato, no puede ser otro que el que se le exige al *artífex*, esto es, la esmerada y plena diligencia²³⁶ [...].

En relación a los pilares básicos que en materia sustancial consagra la Ley 1480 de 2011 y concordantes frente al consumidor inmobiliario: (i) La garantía de calidad, idoneidad y seguridad; (ii) la información y publicidad; y (iii) la protección contractual del consumidor, se debe tener en cuenta que frente a ellos existe un grado de relatividad y por ende habría que examinar siempre cada caso en particular, pues en nuestro criterio el grado de participación, compromiso, actividad, comportamiento y cercanía en el desarrollo inmobiliario, permitirá identificar la prestación debida. Es decir, en la medida en que la entidad fiduciaria en cualquiera de las fases del proyecto tenga a su cargo o ejecute una actividad que se involucre con los derechos sustanciales esenciales de la normativa general de consumo y concordantes, pues la prestación debida deberá dirigirse a su cumplimiento en los términos en que dicha normativa así lo establezca, no pudiendo válidamente exonerarse de su responsabilidad aludiendo un actuar sin culpa o con una diligencia mediana.

A manera de ejemplo, si en la fase previa concurre la fiduciaria a la elaboración y firma de los contratos de preventas; o hace parte de la publicidad que se suministra al público en general; o posteriormente en la de desarrollo también elabora y firma los documentos de vinculación y; en su fase final, redacta el clausulado y firma la escritura que solemniza la transferencia, pues debemos concluir que su obligación respecto de los contenidos del derecho a la información regulados en la Ley 1480 de 2011 y concordantes, no es de simple diligencia sino de resultado, es decir, debe cumplir un resultado conforme su obligación de

²³⁶ Ibídem Pág. 312.

actividad, esto es, suministrar al consumidor en el iter contractual y en los documentos que se firman, información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea de acuerdo con las reglas particulares en la materia sobre el producto inmobiliario, no pudiendo exonerarse de responsabilidad por información insuficiente o engañosa demostrando una diligencia mediana. A contrario sensu, si ni en el pacto contractual ni en el desarrollo inmobiliario la fiduciaria concurre a la elaboración de contratos o firma con el consumidor en lo que tiene que ver con su producto, pues mal podría endilgarse mal la responsabilidad de resultado frente a un vínculo que escapa de su esfera contractual, y el juicio de responsabilidad civil tendrá que hallarse en otra fuente.

El mismo raciocinio puede efectuarse frente a la protección contractual regulada en el Estatuto del Consumidor. A manera de ejemplo, es una obligación regulada en la Ley 1480 de 2011 la de no incluir en los documentos elaborados y firmados cláusulas abusivas o limitativas de responsabilidad, pues entonces en este caso la obligación claramente es de resultado, no pudiendo exonerarse de responsabilidad demostrando una diligencia mediana y, en caso de incumplimiento, deberá asumir las consecuencias jurídicas que se establecen en cada caso.

Por lo demás, el tema que quizá suscita mayor recelo es el correspondiente a la garantía de calidad, idoneidad y seguridad por la responsabilidad solidaria y objetiva que conlleva, no obstante, no puede perderse de vista que dicha garantía no solo comprende los vicios, daños o desperfectos de la cosa, sino también la falta de entrega material y jurídica mediante la escrituración y el registro, obligaciones claras en cabeza de la fiduciaria en muchas oportunidades. Así mismo, dicha garantía en términos de calidad también se extiende a que el inmueble cumpla con las condiciones informadas *v. gr.* que las zonas comunes

siendo informadas existan, que el metraje informado sea el entregado, que los acabados indicados en los documentos se correspondan con los recibidos, entre muchos otros, luego si la fiduciaria concurrió a la firma de los documentos contractuales con el consumidor, pues para este criterio, también pesa la obligación de garantía sobre tales condiciones informadas como una prestación de resultado. Es decir, la falta de entrega jurídica como arista de la garantía del producto y que está en cabeza de la fiduciaria, es una obligación clara de resultado, lo mismo que la entrega del bien conforme las condiciones informadas por la fiduciaria muchas veces en conjunto con el constructor.

Ahora bien, frente a la garantía por vicios, daños o desperfectos del inmueble, sus acabados, líneas vitales o zonas comunes, tampoco puede desecharse de plano como obligación de resultado en cabeza de la fiduciaria, pues se debe considerar que si esta tiene una participación directa en el desarrollo, no puede descartarse su obligación de suministrar productos que cumplan con la calidad, idoneidad y seguridad informada, inherente al producto y establecida por la ley, ya que es la realidad del negocio y no el ropaje jurídico formal que se dé, lo que permitirá hallar las respuestas más ajustadas en los términos del régimen de protección al consumidor. Es decir, si es la fiduciaria quien se compromete con el desarrollo contratando directamente los terceros, o en su rol tiene un grado tal de participación que no permita desligarla de la cadena de producción o comercialización, la responsabilidad será directa frente al consumidor, lo cual si bien ya está en desuso es perfectamente viable, incluso podemos mencionar los casos fallados en la justicia argentina citados en capítulos anteriores, en los que el estatuto del consumidor ha alcanzado la responsabilidad de la fiduciaria por su rol en la operatoria.

Como se ha indicado²³⁷ en el esquema de fiducia inmobiliaria de administración y pagos o completa, existen múltiples actividades y obligaciones que suelen ejecutarse por parte de la entidad fiduciaria y que impactan directamente el consumidor en relación con sus derechos, valga mencionar solo algunos: (i) la estructuración contractual de vinculación y la firma o perfeccionamiento del contrato; (ii) la escrituración y tradición o entrega jurídica; (iii) probablemente el compromiso con el fideicomitente para que el fiduciario sea quien además de administrar, desarrolle directamente el proyecto, contratando con terceras personas la construcción o, la obligación no de desarrollo directo, pero sí la celebración de los contratos de obra y suministros; y (iv) en la etapa inicial de desarrollo la suscripción de los documentos con el consumidor inmobiliario en donde este forma su voluntad, hace un juicio volitivo a partir de la información que del proyecto y la unidad inmobiliaria le sea suministrado. De lo anterior, resulta evidente que su actividad, al margen de la estructura jurídica del negocio, va a impactar directamente la pretensión de prestación del consumidor inmobiliario, que no es otra que la de adquirir un producto en una relación del consumo donde se le garanticen todos y cada uno de los derechos que la normativa de consumo consagre en su favor, luego en consecuencia la obligación que asume la fiduciaria frente a estos derechos, va a ser la que determine la normativa de protección al consumidor contenida en la Ley 1480 de 2011, sus concordantes y la normativa especial.

Así las cosas, se tiene que la Ley 1480 de 2011 disciplina el régimen obligacional en diversos artículos, donde la regla general es la responsabilidad objetiva con obligaciones típicas de resultado. Los artículos 10 Inciso 2 y 16, regulan lo concerniente a la idoneidad y la calidad; los artículos 21 y 22 lo atinente a la seguridad; los artículos 23, 24, 29, 30 y 32 los vínculos jurídicos referentes a la información y publicidad; y los artículos 34, 37, 38, 42, 47, 49 y 51 lo relativos a la

²³⁷ Ver Supra Capítulo I.

protección contractual. En materia adjetiva, se consagran diversas disposiciones proteccionistas para el consumidor y gravosas para el productor o proveedor en el marco de la acción de protección al consumidor, desde indicios graves (Art.58 Literal f), hasta sendas sanciones en caso de existir un fallo favorable al consumidor que van desde multas hasta cierres temporales en caso de incumplimiento a las órdenes impartidas (Art. 58 numerales 10 y 11). Por último, en materia administrativa, además de las ordenes que puede impartir la Superintendencia de Industria y Comercio consignadas en un listado amplio (Art. 59), sobre las cuales se destaca la posibilidad de establecer “*cualquier medida que considere necesaria para evitar que se cause daño o perjuicio al consumidor*”, también existe la competencia para imponer sanciones sumamente gravosas que comprenden multas, destrucción de producto, suspensión de la comercialización, cierre de establecimientos, las cuales no solo cobijan al productor o proveedor sino a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales que hayan autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en el estatuto (Art. 61).

3.1.5 El consumidor inmobiliario como titular de todos los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 y concordantes, cuyos bastiones fundamentales son: (i) la información y publicidad; (ii) la garantía de calidad e idoneidad y seguridad; y (iii) la protección contractual.

Se ha pretendido generar un aporte que rompa con ciertos paradigmas forjados sobre la base de las tradicionales estructuras negociales privadas, tal como ha acontecido con el negocio de fiducia comercial y la responsabilidad de la fiduciaria frente al consumidor inmobiliario, en especial respecto de los contenidos sustanciales de la Ley 1480 de 2011 y concordantes. En su lugar, buscamos hallar dentro del ordenamiento jurídico respuestas más justas y útiles bajo la base de una armonización normativa que realmente sea garantía del individuo y de la

familia como núcleo esencial de nuestra sociedad. La interpretación de las formas jurídicas de consagración legal o reglamentaria en la relación fiduciaria – consumidor inmobiliario, no puede estructurarse sobre sofismas insustanciales que no respondan de forma coherente a las realidades sociales y a los principios y valores consignados en nuestra Carta Política, estancadas en arraigados pensamientos individualistas sin ningún tipo de consideración o matiz. Por el contrario, el ordenamiento debe concebirse como un cuerpo normativo en constante evolución y mutación reconociendo la verdadera teleología constitucional y estas realidades que reclaman de forma urgente un cambio. En una sociedad con altos índices de pobreza y de necesidades básicas, el ordenamiento jurídico y las formas negociales dispuestas en él, no deben considerarse formulas pétreas inquebrantables que den la espalda a las constantes tragedias humanas que en materia de vivienda se han vivido.

La vivienda es una necesidad básica de la condición humana; es un derecho humano de primera importancia. En la vivienda se encuentra familia y participación, como se expone en un bello fragmento que se cita a continuación: *“un mundo interior único e irreplicable que da la oportunidad de iluminar nuestro entorno y que adquieran sentido nuestros actos”²³⁸*. De allí la importancia de abordar y repensar la interpretación que debe darse a una de las figuras más sofisticadas, complejas y usadas en materia constructiva, como lo es el negocio jurídico de fiducia y particularmente el esquema de fiducia inmobiliaria de

²³⁸ PEDRO ORELLANA AGURTO. “Vivienda, Familia y Participación”. <http://www2.udec.cl/urbe/nro4/orella-s.html>

“Cada persona posee un mundo interior único e irreplicable, un niño, un adulto, un anciano emiten destellos de ese mundo interior. Todos tenemos esa cualidad, pero necesitamos un ambiente apropiado para que aflore esa luminosidad. Parece ser que cuando comunicamos nuestro mundo interior, cuando expresamos nuestros íntimos sentimientos, cuando somos escuchados, cuando somos comprendidos se ilumina nuestro entorno y adquieren sentido nuestros actos. “Una vivienda permite, dar la oportunidad para que esos fugaces momentos de destello aparezcan. Pienso así, porque observo, (veo), que nuestras vidas transcurren en un continuo diálogo, pero cuantas de esas palabras han posibilitado, han estimulado un débil destello de nuestro mundo interior. “Hay que contar los sueños del mundo interior, porque son esas las ideas que mueven el mundo visible y la ciudad, la vida en ellas es consecuencia de nuestras acciones y decisiones”

administración y pagos, coordinado y ejecutado por un actor principal - *la fiduciaria*, quien será fundamental para el consumidor a la hora de tomar la decisión de compra.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra que el consumidor inmobiliario cuenta con una especial protección bajo una normativa que se compone de una norma general, principal y transversal - Ley 1480 de 2011, otras especiales - legales y reglamentarias -, y otra sectorial para el caso en el que las entidades fiduciarias participen del desarrollo inmobiliario, por lo que se abordara de forma particular cada una de estas disposiciones legales y reglamentarias a fin de identificar los postulados y reglas que disciplinan el derecho a la información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual.

Este régimen en esencia, se cimienta sobre prerrogativas sustanciales de protección a la: *información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual*, los cuales impactarán el régimen obligacional de las entidades fiduciarias en el esquema propuesto y bajo las consideraciones descritas a lo largo de este trabajo. Como se ha sostenido en la jurisdicción argentina, a todo el marco legal dispuesto en los códigos [...] se suma la teleología del régimen de la ley 24.441, cuyo mensaje de elevación indicó como uno de sus fundamentos el de proporcionar a la sociedad argentina instrumentos jurídicos institucionales aptos para implementar y hacer realidad la cláusula constitucional que impone al Estado asegurar a todos los habitantes el acceso a una vivienda digna. [...] ²³⁹, línea que también es asumida en Colombia por doctrina de autoridad en una clara defensa directa del consumidor inmobiliario. El Profesor BAENA CARDENAS a este respecto ha dicho que:

²³⁹ Ver Supra, Capítulo II, Pág. 138.

[...] una adecuada política de defensa del derecho constitucional a la vivienda digna exige proteger a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes de un proyecto de construcción desarrollado a través del esquema de fiducia inmobiliaria de los inconvenientes que se desprenden de la independencia de los contratos que subyacen a este esquema de acceso a la vivienda, como sucede, por ejemplo, cuando la vivienda resultante del proyecto de construcción presenta vicios que amenazan con su ruina y la reclamación contra el fideicomitente promotor del proyecto o contra el constructor no prospera, o cuando el proyecto de construcción resulta fallido, para solo hacer mención de estos dos aspectos. Porque es, precisamente, en relación con la tutela de los intereses de los terceros frente a la sociedad fiduciaria donde la calidad de gestores de negocios ajenos que ostentan tales sociedades podría suponer o supondría un obstáculo importante²⁴⁰ [...]

El primer bloque sustancial esencial que consagra la normativa de protección al consumidor inmobiliario será el derecho y correlativo deber de *información y publicidad*, como fuente de formación de la voluntad en las etapas precontractual, contractual y post contractual. En el ámbito del derecho de consumo [...] el deber de información se erige como pilar fundamental para lograr la protección de la parte débil (consumidor) [...] el cual [...] permea todas las fases del intercontractual dentro de la contratación de consumo, desde la época de negociación o tratos preliminares, hasta el perfeccionamiento del contrato y su ejecución [...] ²⁴¹.

La Ley 1480 de 2011 se erige como el régimen general transversal y en ella, diversas disposiciones disciplinan la materia. En efecto, el libre ejercicio de los derechos de los consumidores (Art. 1) y el acceso a una información adecuada (Art. 1 Núm. 2), serán principios generales de todo el régimen protector a la par

²⁴⁰ BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Op.Cit.,p. 67

²⁴¹ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. El deber de información en el derecho de consumo. la investigación “El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado”, Grupo “Derecho Privado”, línea de investigación “Derecho Económico y de los Negocios”, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (C.I.D.E.R.) de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Pág. 3.

que un derecho (Art. 3. Núm. 1.3 y Núm. 1.4) y correlativo deber del consumidor (Art. 3. Núm. 2.2.). Se entiende por información todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización (Art. 5. Núm. 7), la cual deberá ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa, idónea y suministrarse en castellano (Art. 23). La publicidad en tanto, es entendida como todo contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo, la cual tendrá fuerza vinculante en cuanto a las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad (Art. 29), siendo prohibida la publicidad engañosa (Art. 30).

Tal relevancia representa la información y publicidad en dicho marco normativo, que impactará la calidad, idoneidad, seguridad, garantía y protección contractual en todo el iter en que se desenvuelve un proyecto inmobiliario, puesto que la calidad comprenderá las características *atribuidas por la información* (Art. 5. Núm. 1); la idoneidad como la aptitud para satisfacer las necesidades para las cuales es producido o comercializado el producto (Art. 5. Núm. 6) que en muchos casos se consignarán en la información suministrada, o en los reglamentos técnicos o medidas sanitarias o fitosanitarias; la seguridad que será estudiada conforme la información suministrada (Art. 5. Núm. 14); la garantía como la obligación temporal de responder por las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad (Art. 5. Núm. 5); y la protección contractual como derecho que condiciona las cláusulas generales y los contratos de adhesión al cumplimiento del deber de información suficiente, anticipada, expresa, clara, concreta, completa, en letra legible, sin espacios en blanco y en castellano, sancionando con ineficacia las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan estos requisitos (Art. 37).

Conforme la dicha normativa marco general y transversal, la fiduciaria en el esquema propuesto, deberá garantizar el derecho a la información en relación con la publicidad, los contenidos contractuales, las garantías, y en especial en lo atinente al producto inmobiliario una información adecuada relativa a: las unidades a construir, el área construida en metros cuadrados, el área libre, las áreas comunes, el equipamiento comunal (ascensor, cuarto de máquinas, tableros de servicios públicos), los parqueaderos y su naturaleza jurídica, los acabados,²⁴² los manuales de uso y funcionamiento del inmueble, la fecha de entrega material, la fecha de entrega jurídica - escritura y tradición -, el término de la garantía sobre acabados y estructura al margen de que su omisión lo supla la ley, las formas de hacer efectiva la garantía, las características especiales de las zonas comunes, los plazos de entrega de las zonas comunes, la forma o canales para hacer efectiva la garantía, las modificaciones al proyecto en los términos en que así lo permita la ley, entre otros.

La normativa sectorial Ley 1328 de 2009 - Estatuto de Protección al Consumidor Financiero, también se encarga de regular el derecho a la información en cabeza de las entidades vigiladas. Tal como acontece con el Estatuto General de Protección al Consumidor, la transparencia, información cierta, suficiente y oportuna se erige como principio rector (Art. 3. Lit. c) a la par que un derecho (Art. 5. Lit. b) y una buena práctica del consumidor (Art. 6. Lit. b., Lit. d. y parágrafo 2). Se exige a las entidades vigiladas en su gestión entregar el producto en las condiciones informadas (Art. 7. Lit. b), así como suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado (Art. 7. Lit. c); elaborar contratos y

²⁴² La “Guía para el Consumidor en el Sector Vivienda” elaborada en el marco del Convenio 922 de 2015, suscrito entre la Universidad Sergio Arboleda y la Superintendencia de Industria y Comercio. <http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Guia_para_el_consumidor_sector_vivienda.pdf>

anexos con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de estos para su aceptación (Art. 7. Lit. f).

En cualquier caso, se exige la entrega de una información mínima al consumidor que comprende, entre otros: las características del producto, los derechos y obligaciones de tal forma que permita comprender el contenido y funcionamiento de la relación (Art. 9), las modificaciones permitidas por la ley (Art. 10). El Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como otra de las normas generales que compone este régimen sectorial, además de regular diversos aspectos para el sector fiduciario, dispone como regla de conducta y obligación legal de las vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, la de suministrar información razonable y adecuada a fin de que los usuarios y clientes tomen decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones (Art. 72. Lit. f).

Adicional a esta normativa general y sectorial, se encuentran diversas normas que consagran una particular protección del consumidor inmobiliario, precisamente por la relevancia constitucional que dicho derecho reviste, tal es el caso Decreto 735 de 2013 que reglamenta la efectividad de la garantía de bienes inmuebles; la Circular Externa 6 de 2012 de la Superintendencia de Industria y Comercio que establece instrucciones a quienes promocionen o vendan inmuebles destinados a vivienda con el fin de garantizar el respeto del derecho a recibir información veraz y suficiente; la Ley 1796 de 2016 por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda; Ley 400 de 1997 por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes; la Circular Externa 29 de 2014 - Circular Básica Jurídica Parte II, Título II, Capítulo Primera que establece disposiciones especiales a los negocios fiduciarios y, para el caso concreto,

referente a la fiducia inmobiliaria; y la Circular Externa 024 de 2016 de la Superintendencia Financiera por medio de la cual se establece un régimen que ofrezca mayor información respecto de los negocios fiduciarios, en particular de los contratos de fiducia inmobiliaria y de los negocios a través de los cuales se comercializa participaciones fiduciarias.

La Circular Externa 6 de 2012 incluida en la Circular Única Diez de la Superintendencia de Industria y Comercio, fija como obligación en la etapa de preventas en salas de ventas, o en los brochures o plegables entregados al público que se utilicen para promover la venta (lo cual se considera extensivo a cualquier medio publicitario por aplicación de la normativa general y principios tuitivos del régimen de protección al consumidor), el de suministrar información del área privada construida, sin perjuicio de que se indiquen otras áreas tales como el área privada libre o las áreas comunes de uso exclusivo, las cuales podrán ser modificadas por orden de autoridad. Así mismo, establece que, respecto de los parqueaderos ubicados en áreas comunes de uso exclusivo, se deberá informar sobre la posibilidad de modificación sobre la destinación de dicha zona conforme las reglas propias del régimen de propiedad horizontal. Por último, también consagra como de obligatorio cumplimiento el deber de informar si el proyecto se va a construir en etapas, el valor aproximado de la cuota de administración, el estrato socioeconómico que tendrá el inmueble, las características de las zonas de parqueo y, de manera general, las características de los muebles y equipos que se van a entregar, el tipo y la calidad de los acabados, así como las zonas comunes que se entregarán con cada etapa y el estimado de cuando se desarrollarán.

Por su parte, la Circular Externa 29 de 2014 - Circular Básica Jurídica Parte II, Título II, Capítulo Primera exige a las entidades fiduciarias en desarrollo del contrato de fiducia inmobiliaria, entre otros los deberes de: (i) informar los riesgos,

limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo, consultando el carácter y conocimiento de las partes intervinientes lo que implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato; y (ii) brindar asesoría a los clientes, de tal forma que tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio (Núm. 2.2.1.2.2.).

La Circular Externa 024 de 2016 de la Superintendencia Financiera respecto de los negocios fiduciarios, modificó y complementó la Circular Externa 29 de 2014 en particular respecto de los contratos de fiducia inmobiliaria y de los negocios a través de los cuales se comercializa participaciones fiduciarias, obliga a las entidades fiduciarias a: (i) indicar en los contratos o acuerdos de vinculación para la adquisición de una unidad inmobiliaria resultante de un proyecto inmobiliario que se cuenta con licencias de construcción y permisos necesarios, los cuales deben estar vigentes al momento de alcanzar el punto de equilibrio y/o las condiciones de desembolso de los recursos ; (ii) informar la destinación de los recursos, causales y plazos para la devolución de los recursos, el beneficiario en el negocio fiduciario, el mecanismo de inversión de los recursos, los derechos y obligaciones que le otorga al interesado el tipo de vinculación al negocio fiduciario, el término para la acreditación del cumplimiento del término para la transferencia o desembolso de recursos, el término estimado para la duración de la construcción y de sus sub etapas (núm. 5.2.2); (iii) rendir cuentas a los promitentes compradores, permitiéndoles tener conocimiento de la existencia de los soportes documentales que acrediten las diversas gestiones del fiduciario; y (iv) suministrar información relacionada con el alcance de las funciones y actividades de la fiduciaria, estado

de la obtención del punto de equilibrio, manifestaciones y conclusiones realizadas por el interventor del proyecto, el responsable de la construcción, entre otros (núm. 6.1.4.2.13.2 a 6.1.4.2.13).

En lo que concierne a la garantía de calidad, idoneidad y seguridad como otro de los ejes sustanciales de protección al consumidor de que trata la Ley 1480 de 2011, se tiene que dicha norma se encargó de regular particularmente el término de garantía legal para bienes inmuebles, fijando un tiempo de diez años para la estabilidad de la obra y de un año para acabados, término que comprende tanto la unidad inmobiliaria independiente como las zonas comunes (Art. 8), sin perjuicio de que el constructor o proveedor pueda otorgar un plazo superior. Dentro de las obligaciones que corresponden a la garantía legal, se tiene la de reparación en caso de que el bien admita la misma, para lo cual podrán reemplazarse partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles de igual o mejor calidad, pero no necesariamente idénticos a los originales (Art. 11. Núm. 8); la devolución total o parcial del precio pagado o el cambio parcial o total del bien en caso de reiteración de la falla y atendiendo las características del defecto (Art. 11 Núm. 1 y 2); el suministro de las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización tanto de la unidad inmobiliaria como de los bienes de uso común (Art. 11 Núm. 4); la entrega material de las unidades inmobiliarias y de las zonas comunes así como la escrituración y registro de forma oportuna, para lo cual tiene plena fuerza vinculante la información y publicidad que se da en todo el iter contractual y se plasma en los diferentes contratos de preventa, vinculación, promesa y escritura que solemniza el negocio (Art. 6), es decir, la oportunidad en la entrega como parte de la garantía debe ser establecida en términos de razonabilidad contractual atendiendo la información suministrada al público y al consumidor en el caso particular; y contar con disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía (Art. 6. Núm. 7).

Ahora bien, en materia de la calidad e idoneidad, se tiene que al consumidor se le debe asegurar que tanto la unidad individualmente considerada como las zonas de uso común cumplan con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre (Art. 5 Núm. 1), así como la aptitud para la satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado (Art. 5 Núm. 5). En cuanto a lo inherente [...] debe tenerse en cuenta que las normas obligatorias de construcción (nacionales o municipales) y de propiedad horizontal imponen requisitos mínimos en cuanto a las especificaciones de los inmuebles nuevos, las cuales deben ser cumplidas por los constructores; todos esos requisitos se entienden como inherentes [...] así como [...] todo aquello que de manera habitual en el mercado cumple o hace parte de un inmueble, por ejemplo, que tenga una zonas comunes destinadas a la recreación de los niños²⁴³ [...].

Por su parte, debe tenerse en cuenta que la calidad también comprende las características informadas sobre el inmueble en todos los documentos publicitarios y contractuales suministrados al público o firmados por el consumidor, de tal forma que las unidades inmobiliarias, sus espacios físicos, sus acabados, accesorios, así como las zonas comunes y demás, se correspondan con lo indicado al consumidor. Frente a la idoneidad, valga mencionar lo indicado por VILLABA CUÉLLAR en el sentido de que esta implica que un inmueble destinado a vivienda pueda ser habitado en las condiciones esperadas o que se promocionaron, así como cumplir con los reglamentos técnicos de obligatorio cumplimiento como el caso del reglamento técnico para redes internas de comunicaciones (ritel), expedido por la comisión de regulación de comunicaciones (crc) mediante resolución n.º 4662 de 2013, así como los reglamentos técnicos atinentes a

²⁴³ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. “La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos Generales en el derecho colombiano” Revista de Derecho Privado No. 32 enero – junio de 2017, pág. 299. Universidad Externado de Colombia. <
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5028/6016>>

instalaciones eléctricas, instalaciones de gas y barras corrugadas el reglamento vigente de sismo resistencia nsr-10²⁴⁴.

Se debe mencionar que la Ley 400 de 1997 adopta normas sobre construcciones sismo resistentes, que se establecen como requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas, por ende, las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad deben corresponderse con los postulados de la misma, de las complementarias o de los reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias, pues en la medida en que no se cumplan dichas normas sean de rango de ley o reglamentos técnicos, el producto se considera inseguro y se presume defectuoso en los términos de los artículo 5 numeral 14 y 21 de la Ley 1480 de 2011 y no conforme con la calidad e idoneidad de acuerdo con el artículo 6 de la misma disposición.

Por otro lado, la Ley 1796 de 2016 como norma especial, establece medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda y el incremento de la seguridad de las edificaciones. Para el efecto, dispone que se entiende por enajenador “quien detente la propiedad del predio según títulos de propiedad y pretenda trasladar por primera vez las unidades habitacionales”, sin que para el efecto se condicione tal calidad a una propiedad instrumental o plena, exigiendo revisión de diseños y supervisión técnica d las edificaciones, certificación de ocupación y estableciendo por un término de diez años, la obligación al constructor o enajenador de amparar los perjuicios patrimoniales mediante su patrimonio, garantías bancarias, productos financieros, seguros entre otros, en caso de presentarse una situación de las contempladas en el artículo 2060 numeral 3 del Código Civil.

²⁴⁴ Ídem.

Por último, el Decreto 735 de 2013 se encargó de reglamentar la efectividad de la garantía de bienes inmuebles. Para ello, establece el proceso de reclamación por parte del consumidor al productor sobre defectos de acabados, líneas vitales del inmueble (infraestructura básica de redes, tuberías o elementos conectados o continuos, que permiten la movilización de energía eléctrica, agua y combustible) y la afectación de la estabilidad de la estructura, definidos en la Ley 400 de 1997, así como el plazo que tiene el productor o proveedor para dar respuesta, y la consecuencia en caso de reiteración (Art. 13). Frente a la reclamación por afectación a la estabilidad de la estructura del inmueble, en caso de ser técnicamente posible conforme estudios técnicos que señalen la solución, se procederá con la reparación restituyendo las condiciones de estabilidad requeridas conforme a las normas sismo resistentes vigentes con que fue diseñado, de no ser posible la reparación, el productor o proveedor deberá proceder con la devolución del dinero pagado por el consumidor lo que conllevará en caso de crédito financiero, a la devolución de la cuota inicial, cuotas pagadas actualizadas y el faltante del crédito (Art. 13. Parágrafo).

Otro de los ejes sustanciales de que se ocupó la Ley 1480 de 2011 es la *protección contractual*, como derecho dirigido a proteger el consumidor de las cláusulas abusivas, de brindar prerrogativas especiales dada la asimetría respecto del producto, proveedor, el bien a adquirir y las diversas modalidades contractuales utilizadas para el desarrollo y la comercialización, así como brindar en los documentos contractuales una información idónea que permita hacer un juicio volitivo en debida forma. El primer capítulo, además de consagrar dos prohibiciones - productos no requeridos y prohibición de ventas atadas -, contiene un principio de interpretación contractual de favorabilidad respecto de las condiciones generales de los contratos y, en caso de duda, la prevalencia de las cláusulas más favorables al consumidor (Art. 34).

Se establecen requisitos mínimos que deben cumplir las condiciones generales y los contratos de adhesión so pena de ser sancionados con ineficacia: información suficiente, anticipada y expresa sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales; el idioma castellano como obligatorio en los contratos; la concreción, claridad e integralidad en los contratos; el carácter legible y sin espacios en blanco en los contratos escritos (Art. 37); y la prohibición de incluir cláusulas que permitan modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones (Art. 38). Así mismo, se encarga el estatuto de definir las cláusulas abusivas como aquellas que producen un desequilibrio injustificado al consumidor y las que, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos sancionando la inclusión de cláusulas de esta naturaleza con ineficacia (Art. 42). Frente a estas, además de existir una prohibición general se señalan diversas cláusulas abusivas per se: las que limiten la responsabilidad, renuncia de derechos, inviertan la carga de la prueba trasladen la responsabilidad, exoneren el reintegro en caso de inejecución del contrato, vinculen al consumidor aun en caso de incumplimiento del productor o proveedor, concedan la facultad de determinar si el objeto y ejecución se ajusta a lo estipulado en el mismo, impidan al consumidor resolver el contrato, presuman la manifestación de la voluntad cuando se ello se deriven erogaciones a cargo del consumidor, incluyan pago de intereses no autorizados, impongan cargas mayores al consumidor para la terminación del contrato, obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral, limiten la forma de reclamar la garantía o incluyan cláusulas de renovación automática (Art. 43). Por último, se regula lo concerniente a las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, el derecho de retracto, la protección al consumidor de comercio electrónico (Art. 46 a 54).

La normativa sectorial Ley 1328 de 2009 - Estatuto de Protección al Consumidor Financiero también consagra diversas disposiciones dirigidas a la protección contractual del consumidor financiero, entre ellas se mencionan las siguientes: (i)

Se define por contrato de adhesión los elaborados unilateralmente por la entidad vigilada sin posibilidad de discusión libre y previa por parte del consumidor (Art. 2. Lit. f), la cual guarda correspondencia con la definición que frente al tema trae la Ley 1480 de 2011; (ii) Como deber del consumidor que se considera una buena práctica, se exige que el mismo revise los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar copia de los mismos (Art. 6. Lit. d); (iii) Se exige a las entidades vigiladas la elaboración de contratos y anexos con claridad, en caracteres legibles y ponerlos a disposición para su aceptación; proveer una lista detallada de cargos y costos y los demás aspectos que puedan implicar un costo previo a la celebración del respectivo contrato (Art. 9 parágrafo 1); y publicar en su página de Internet el texto de los modelos de los contratos estandarizados (Art. 9 parágrafo 2); (iv) A diferencia de lo que acontece con la Ley 1480 de 2011 que consagra un supuesto general para considerar cuando una cláusula es abusiva y uno particular, se regulan las cláusulas abusivas y su prohibición limitándolas a las siguientes: prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros; inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero; incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones; cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero; y las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia (Art. 11); por último, se regulan las prácticas abusivas limitándolas a las siguientes: el condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación; el iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor; la inversión de la

carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero; las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia (Art. 12).

Por su parte, la Circular Externa 29 de 2014 modificada y adicionada por Circular Externa 024 de 2016 de la Superintendencia Financiera respecto de los contratos de fiducia inmobiliaria y de los negocios a través de los cuales se comercializa participaciones fiduciarias, se encarga también de regular el tema de la protección contractual. Se regulan en ella los siguientes aspectos:

- (i) La redacción de los contratos y su presentación en términos sencillos, de fácil comprensión, legible, clara y fidedigna respecto de las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato (Núm. 2.1.);
- (ii) El deber de evitar cláusulas que desnaturalicen el contrato, desvíen su objeto o se traduzcan en menoscabo de derechos, o que incluyan cláusulas potestativas al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido del contrato, o donde la fiduciaria se exima de la responsabilidad que le atañe conforme la ley (Núm. 2.2.1.3., 2.2.1.5., 2.2.1.6);
- (iii) Las prácticas inseguras e ilegales en las que en su estructuración y celebración esté prevista la posibilidad de vinculación de terceros en los cuales la fiduciaria no se haya reservado la posibilidad de oponerse a los ingresos de los mismo o no asuma responsabilidad en la verificación de la legalidad de las operaciones y en la procedencia y origen lícito de los recursos (Núm. 2.2.4);
- (iv) El contenido de los contratos, para lo cual se exige entre otros, que estos contengan como mínimo la regulación sobre los siguientes aspectos: el objeto, los bienes fideicomitados, la destinación de los recursos, el rendimiento o utilidades, las obligaciones y derechos de las partes

contratantes, la remuneración, la terminación del negocio fiduciario, los órganos asesores y/o administradores, los gastos, la gestión del riesgo, el avalúo de los bienes fideicomitidos, la obligación del fideicomitente de aportarlos y/o de proveer recursos para sufragarlos, el alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria en la contratación, la liquidación y la solemnidad de los contratos de fiducia conforme con su naturaleza y con la de los bienes fideicomitidos (Núm. 2.3 y 2.4);

(v) Los contratos de adhesión y de prestación masiva en los que la Superintendencia Financiera SFC tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria con el objeto de procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios (Núm. 3);

(vi) Los contenidos mínimos en los contratos de vinculación de terceros a través de aportes: la destinación que se le dará a los recursos, La indicación de las causales y los plazos en los cuales procede la devolución de los recursos entregados; La identificación clara y expresa del beneficiario; la identificación clara y expresa del mecanismo que se escoja para invertir los recursos; la obligación de la sociedad fiduciaria de informar al adquirente cuando le entregue a un tercero los dineros recaudados en virtud del negocio fiduciario; la indicación de los derechos y obligaciones que le otorga al interesado el tipo de vinculación al negocio fiduciario; el responsable de la construcción del proyecto (Núm. 5.2.2); y

(vii) Los requisitos mínimos exigidos en contratos fiduciarios a través de los cuales se desarrollen o ejecuten proyectos inmobiliarios: las condiciones que se deben verificar para el cumplimiento del punto de equilibrio; a obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos; el término dentro del

cual el fideicomitente debe acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia o desembolso de los recursos; el término estimado de duración de la construcción del proyecto inmobiliario y de sus sub-etapas; la prohibición expresa de que el constructor responsable del proyecto o los promotores autorizados, directamente o por medio de sus agentes o empleados, reciban dinero, aportes, cuotas o anticipos de los adquirentes de los inmuebles a construirse; la obligación del constructor responsable del proyecto o de los promotores autorizados de dar cumplimiento a las disposiciones de publicidad; la obligación de presentar una certificación semestral por parte del constructor, en donde se indique que los recursos se destinaron al cumplimiento del objeto del contrato; y la obligación del fideicomitente, constructor, promotor o aquella persona a cargo del proyecto de remitir a la sociedad fiduciaria la información necesaria para realizar los registros contables correspondientes (Núm. 5.2.3).

De lo anterior se sigue que el consumidor inmobiliario en una estructura fiduciaria de administración y pagos también llamada completa, es titular de todos y cada uno de los derechos consagrados en la normativa relacionada, pudiendo reclamar de la fiduciaria su cumplimiento de forma personal y no como gestor, en los casos en que conforme las circunstancias jurídicas, fácticas y de ejecución, dicha entidad se interrelacione por su un mayor grado de participación con ellos, pues como lo indicamos en este capítulo, es el sistema normativo concebido de forma armónica lo que hace posible que la Ley 1480 de 2011 y concordantes impacten la estructura obligacional de estas entidades dado que: (i) El Estatuto General de Protección al Consumidor se integra a la actividad fiduciaria bajo una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución de su ámbito de aplicación; (ii) la conexidad contractual y las redes contractuales permiten interpretar los regímenes de forma convergente y no excluyente, entendiendo que la construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor es la causa

supracontractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia; (iii) el consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente; (iv) las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario; y (v) las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo, por ende pueden ser alcanzadas por el régimen objetivo que es propio de la Ley 1480 de 2011.

CONCLUSIONES

(i) El negocio jurídico de fiducia comercial fue concebido como una estructura típica flexible y adaptable a cualquier operación jurídica económica lícita. De allí que su naturaleza permite que una sociedad fiduciaria participe de diversas formas e intensidad en el desarrollo de proyectos constructivos, y en tal medida, los vínculos jurídicos que asume derivarán de cada estructura negocial particular y de su grado de participación en todas las etapas, por lo que no deben elevarse reglas jurídicas absolutas respecto al régimen obligacional que delimitará el alcance de su responsabilidad.

(ii) La fiducia inmobiliaria de administración y pagos, llamada también fiducia completa, se ha convertido en el esquema contractual de más uso a la hora de diseñar y ejecutar un desarrollo inmobiliario de vivienda. Lo anterior en tanto esta operación jurídica económica es coordinada y ejecutada en sus aspectos esenciales por una entidad fiduciaria, vigilada por el estado y con altos estándares legales de exigencia, quien por el ubérrimo profesionalismo que se le exige, transmite la confianza al consumidor final a la hora de formar su voluntad y tomar la decisión de vincularse a un proyecto sobre planos entregando los dineros que financiarán la operación.

En este tipo de esquema fiduciario, se encuentra una mayor interrelación, grado de participación y de compromiso de la entidad fiduciaria con los derechos sustanciales esenciales del consumidor inmobiliario, pues asume un rol directo y protagónico en la administración, el desarrollo, el recaudo, la supervisión, la tradición, y la elaboración y firma de los textos contractuales de vinculación y escrituración, de tal forma que su actividad esté en íntima conexión con los ejes

sustanciales regulados en la Ley 1480 de 2011 comprometiendo su responsabilidad por el cumplimiento de dichas prerrogativas.

(iii) Pese al grado de compromiso y participación de la fiduciaria en el esquema de administración y pagos de cara a la información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y la protección contractual regulados en el Estatuto del Consumidor, encontramos un problema de integración e interpretación de la normativa que disciplina el negocio jurídico de fiducia comercial, pues se sostiene por un amplio sector que la Ley 1480 de 2011 escapa del espectro obligacional de las entidades fiduciarias, dado que su actividad está regulada por un régimen especial, aunado a que conforme la estructura típica del negocio de fiducia comercial, dicha entidad actúa como un gestor de intereses ajenos detentando una propiedad simplemente instrumental de los bienes fideicomitidos y asumiendo obligaciones que por regla general son consideradas de medio.

(iv) La vivienda como necesidad básica de la condición humana, y el estatus constitucional del consumidor como garantía de otros derechos de estatus fundamental, hacen necesario reformular las reglas hermenéuticas que se han forjado frente al régimen obligacional de las entidades fiduciarias respecto de los contenidos sustanciales consagrados en la Ley 1480 de 2011. En este sentido, se debe concebir el ordenamiento jurídico como cuerpo normativo armónico a fin de hallar las respuestas más justas, equitativas y adecuadas ante una realidad social que nos muestra innegablemente que el consumidor inmobiliario se encuentra en real desprotección a la hora de adquirir un inmueble en un desarrollo constructivo sobre planos.

Un enfoque armonizador a la luz de la Carta Política de las diversas normativas que confluyen en la operación en el esquema de fiducia completa, nos permite

afirmar que la Ley 1480 de 2011 hace parte del régimen obligacional de las entidades fiduciarias, si consideramos que: (i) el Estatuto General de Protección al Consumidor se integra a la actividad fiduciaria bajo una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución; (ii) la conexidad contractual y las redes contractuales, permiten interpretar los regímenes de forma convergente y no excluyente, entendiendo que la construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor, es la causa supracontractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia, y de tal forma, la Ley 1480 de 2011 se integra en el sistema como decálogo obligacional de quien asume un rol protagónico en la operatoria; (iii) el consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente, por ende las cláusulas predispuestas que excluyen la aplicación de la Ley 1480 de 2011 deben considerarse abusivas y por tanto ineficaces; (iv) las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario que no es otro que la adquisición de un producto debidamente informado y que reúna las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad; y (v) las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo, por ende pueden ser alcanzadas por el régimen objetivo que es propio de la Ley 1480 de 2011.

(v) Si bien afirmamos que la Ley 1480 de 2011 puede integrarse de forma armónica al régimen obligacional de las entidades fiduciarias, lo cierto es que dicha aserción tampoco puede concebirse como una regla absoluta e inquebrantable desconociendo íntegramente el régimen que le es propio y las reglas particulares del negocio jurídico comercial de fiducia. En este sentido, el análisis debe tener en cuenta: el grado de compromiso adquirido en el contrato primigenio; la finalidad a la cual estén afectos los bienes fideicomitados; la función económico jurídica de la operación como unidad única; y el rol ejecutado en toda la operatoria de cara a los derechos del consumidor inmobiliario, de tal suerte que

la fiduciaria compromete su responsabilidad por dichos contenidos, en la medida en que su participación se interrelacione con los derechos del adquirente final.

(vi) En el caso argentino se encuentra un ejemplo en el cual se rompen esquemas forjados sobre las tradicionales reglas de la responsabilidad fiduciaria, para en su lugar atribuir en los esquemas constructivos una responsabilidad directa y objetiva a la fiduciaria frente a los contenidos de la Ley de Defensa del Consumidor que para el caso colombiano sería la Ley 1480 de 2011. Se ha considerado que la fiduciaria en estos esquemas es quien inviste el rol más importante de la operación concebida como unidad lógica nutrida por una la función económica jurídica única que a todos los sujetos involucra, aun cuando haya sido articulada por la fiduciaria como propietario formal, si su participación, operatoria o negocio jurídico se anuda con quien reviste la condición de consumidor.

(vii) Un análisis constitucional del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011, lleva a concluir que esta es aplicable de forma armónica e incluso preferente frente a los regímenes particulares cuando estos no regulen determinada materia o la regulación resulte menos protectora o ante antinomias normativas, pues es desarrollo directo de la Constitución Política como norma base general progresiva y fundante de todo el sistema de protección al consumidor en cualquier sector de la economía. En línea con ello, los principios de favorabilidad e *indubio pro consumatore* consagrados en el artículo 4º de la Ley 1480 de 2011 serán puentes con los regímenes especiales y con el derecho común complementándolos de la forma más favorable, en tanto no puede primar la norma especial cuando contemple garantías más débiles.

(viii) La conexidad contractual será una institución propia del derecho privado necesaria para determinar el grado de responsabilidad de la fiduciaria frente a los contenidos sustanciales de la Ley 1480 de 2011. Será el nexo supra contractual el

que articulará todos los contratos individualmente considerados hacia la obtención de un resultado práctico único. En los desarrollos inmobiliarios estructurados a través de las llamadas fiducias inmobiliarias de administración y pagos o fiducias completas, existe una articulación a través de la entidad fiduciaria cuya causa supra contractual será el desarrollo de un proyecto inmobiliario para la posterior adquisición de diversas unidades funcionales por terceros consumidores a través de una agrupación de sujetos y contratos individualmente considerados. De allí que la responsabilidad de la fiduciaria va a estar impactada por los contenidos de la normatividad que integra el sistema de consumo, puesto que si la causa económica subyacente final es la adquisición del inmueble por el consumidor final y la financiación y rendimientos por medio de su pago, no puede concebirse que se haga abstracción de dicha normativa imperativa por quienes entran en estrecha interrelación en todo el iter contractual, pues su cumplimiento se torna en un deber secundario de conducta u obligación sistémica.

(ix) El consumidor final de la unidad inmobiliaria puede vincularse al negocio jurídico de fiducia como fideicomitente inversionista a su vez adherente beneficiario o únicamente como beneficiario, sea en la etapa previa o en la de desarrollo, luego en cualquier caso, será un tercero ajeno al negocio primigenio que dio lugar a la estipulación que el constituyente inicial pactó en su favor y, en este sentido, los efectos de las cláusulas pre estipuladas e incluso firmadas por el consumidor, que tiendan a menguar sus derechos o se tornen abusivas, serán consideradas ineficaces de pleno derecho, pues los contenidos de la Ley 1480 de 2011 como norma base protectora, serán aplicados independiente del esquema utilizado o de los contenidos negociales de exoneración vertidos en los documentos contractuales.

(x) Las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario. Esta finalidad está

guiada por una especie de fiel fides que le transmite la fiduciaria al consumidor quien por ello le confía el deber de garantizarle mínimamente las prerrogativas protectoras consignadas en el Ley 1480 de 2011, la Ley 1329 de 2009 y demás normas concordantes. De allí que la debida diligencia y los deberes de protección y seguridad, serán determinantes para considerar que la responsabilidad de la fiduciaria en el esquema propuesto, se endereza a la satisfacción de la necesidad del consumidor vinculado a dicha estructura.

(xi) La prestación debida en cabeza de la fiduciaria en el esquema propuesto, no se puede encausar exclusivamente en obligaciones de resultado o medio, pues todo dependerá de la finalidad jurídico-económica de la operación; del pacto contractual, de las cadenas sucesivas contractuales; y de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo que se entrelacen en la operatoria. En este sentido, en la medida en que la entidad fiduciaria en cualquiera de las fases del proyecto tenga a su cargo o ejecute una actividad que se involucre con los derechos sustanciales esenciales de la normativa general de consumo y concordantes, la prestación debida deberá dirigirse a su cumplimiento en los términos en que dicha normativa así lo establezca, no pudiendo válidamente exonerarse de su responsabilidad aludiendo un actuar sin culpa o con una diligencia mediana.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINAS:

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II Contratos Atípicos. 5ª Edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2014. ISBN: 9589276261.

----- . Los Negocios Fiduciarios y la Fiducia en Garantía. Tesis Doctoral España: Universidad de Salamanca” 2013. 385 p.

BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. ISBN: 9789587727746

----- . Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Pg. 98 a 104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, p. 42. Citado Por: BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.

BILVAO ARANDA, Facundo. El contrato de fideicomiso inmobiliario en la Argentina. Buenos Aires: AbeledoPerrot: 2012.

CASTRILLÓN PEÑA, Gilberto. *La fiducia en Colombia, Bogotá, Témis, 1986, pp. 46 a 48. Citado por RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. ISBN: 9789587108163.*

CORREA HENAO, Magdalena, El Estatuto del Consumidor: Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbito de aplicación y carácter de sus normas, en: Perspectivas del Derecho del Consumo, Valderrama Rojas, Carmen Ligia, Directora, Editorial Universidad Externado de Colombia, primera edición, mayo de 2013.

-----, Perspectivas del Derecho del Consumo. Universidad Externado de Colombia. 2013. Primera Edición. Pág. 93,94. ISBN 978-958-710-911-5.

DIEZ PICAZO, Luis, Fundamento del derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato. Madrid: Editorial: Tecnos, 2007. ISBN: 9788447026654

ESCUELA JUDICIAL, RODRIGO LARA BONILLA. Consejo Superior de la Judicatura. Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación. Segunda Edición 2008. ISBN 958-96969-6. Pg. 242.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Curso de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), III, p. 210. Citado por Sebastián Bozzo Hauri. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015)

HERRERA OSORIO, Fredy y MAHECHA PULIDO, Alejandro. “Revisión General de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UPTC. Revista Derecho y Realidad. Número 18. II semestre de 2011. ISSN: 16923936.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. ISBN: 97895877235564.

LORENZETTI, Ricardo Luis. “Tratado de los Contratos”. Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. ISBN: 9789587108163.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. 1ª Edición. Pág. 56 y 57. Bogotá. Legis Editores S.A, 2017. ISBN: 9789587674712.

RUIZ DE LOPEGUI, Gervasio. La obra al costo: un modelo de negocio. Capítulo incluido en la obra de Tabakman, Damián. Fideicomisos al costo. Bienes Raíces Ediciones. 2011.

VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. El deber de información en el derecho de consumo. la investigación “El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado”, Grupo “Derecho Privado”, línea de investigación “Derecho Económico y de los Negocios”, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (C.I.D.E.R.) de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

SOLER PASCUAL, Luis Antonio (2007). La vinculación contractual en el ámbito del consumo. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, vol. I. N.º 2, marzo. Citado por BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenca y Otros. La protección del Consumidor Bancario: examen de sus fundamentos y problemas actuales desde una perspectiva de derecho comparado. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017. ISBN 978-958-749-746-5.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES, NORMAS Y CONCEPTOS:

NORMAS:

SENTENCIAS NACIONALES:

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia Corte Constitucional C-587 del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

Sentencia Corte Constitucional C-265 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Sentencia Corte Constitucional C-011 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Sentencia Corte Constitucional C – 524 de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Sentencia SC 072. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. MAYO 3 DE 2005. Expediente: 5000 1310 3001 1999 04421 01.

Sentencia Corte Constitucional C-749 de octubre 21 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia Corte Constitucional C-649 de dos mil uno (2001).

Sentencia Corte Constitucional C-836 de dos mil uno (2001)

Sentencia Corte Constitucional C-749 de octubre veintiuno (21) de dos mil nueve (2009), M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia Corte Constitucional C – 630 de dos mil once (2011).

Sentencia Corte Constitucional C – 839 de dos mil once (2011).

Sentencia Corte Constitucional C - 1141 de 2011.

Sentencia Corte Constitucional C – 909 del año dos mil doce (2012).

Sentencia Corte Constitucional C 133 de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940).

Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: casación No. 0293.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del Veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007). Expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Magistrado Ponente William Namen Vargas. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia. Salada de Casación Civil Sentencia del 1 de noviembre de 2011, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Rad. n.º 2008-00312-01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo, quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Arold Wilson Quiroz Monsalvo del doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado – Sección Quinta - Magistrado Ponente Rocío Araújo Oñate sentencia del primero de marzo del año dos mil dieciocho, (2018) radicado: 2005-00195.

TRIBUNALES SUPERIORES

Tribunal Superior de Bogotá. Radicado: 20141624702. Acción de Protección al Consumidor. Sentencia del 7 de septiembre de (2017).

TRIBUNALES ARBITRALES

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de VICTOR RAUL ROMERO SILVA Y GUILLERMO ROMERO SILVA contra FIDUCARIA CENTRAL S.A, GUSTAVO LOPEZ GARCIA Y ORBITA AQUITECTURA E INGENIERIA LTDA.

Cámara de Comercio de Cali, Centro de Arbitramento y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Luz María Zamorano de Castilla y otros, contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. Laudo del veintiuno (21) de febrero de dos mil cinco (2005).

JUECES CIVILES MUNICIPALES, DEL CIRCUITO, EQUIVALENTES JURISDICCIONALES

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura Jurisdiccional sentencia No. 25 de dos mil catorce (2014)

SENTENCIAS EXTRANJERAS:

Sentencia Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”, 31/07/2013, Argentina.
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy del 22 de marzo de 2007, Argentina.

Sentencia Tribunal de la Cámara Federal de Apelaciones del 12 junio de 2008, Argentina.

Sentencia, Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, del 31 de julio de 2013, Argentina.

Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F (CNCom)(SalaF) del 4 de noviembre de 2014, Argentina.

Sentencia del 9 de mayo de 2017, por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Argentina.

CONCEPTOS:

Superintendencia Financiera Concepto N° 97010911-2. Enero nueve (9) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2000020332-2 del catorce (14) de Julio del año dos mil (2.000).

Superintendencia Financiera Concepto No. 2003017321-1 mayo catorce (14) de dos mil tres (2003).

Superintendencia Bancaria Concepto 2004043706-2 de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Superintendencia Financiera. Concepto 2004043706-2 del tres (3) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2006023810-001 del veintiséis (26) de julio de dos mil seis (2006)

Superintendencia Financiera Concepto 2008068357-003 del veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Superintendencia Financiera concepto 2013008465-008 del ocho (8) de julio de dos mil trece (2013).

Superintendencia Financiera Concepto 2016063456-003 del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Superintendencia Financiera Concepto 2017084525-001 del veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Superintendencia Financiera. Concepto del diez (10) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicado: 2018083144-006-000.

Superintendencia de Industria y Comercio Concepto Radicación: 14-007610- - 00001-0000.

Concepto Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado: 2018 – 173905-1 del catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

WEBGRAFIA

El Tiempo. Edificio Space, [en línea]. 2017-2018. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/noticias/edificio-space>

Dinero. Se espera un crecimiento en los negocios de fiducia inmobiliaria este año, [en línea]. 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/finanzas/articulo/se-espera-un-crecimiento-en-los-negocios-de-fiducia-inmoviliaria-este-ano/224011>

Noticias Caracol. Edificio Space, el sueño que hace cuatro años desplomó las ilusiones de 161 familias en Medellín, [en línea] 12 de octubre de 2017. Disponible en: <https://noticias.caracoltv.com/medellin/edificio-space-el-sueno-que-hace-cuatro-anos-desplomo-las-ilusiones-de-161-familias-en-medellin>

QUIROZ, Oscar, RAMÍREZ, Sebastián y TORRES, Jorge. Fiducia inmobiliaria y construcción. [en línea], noviembre de 2012. Disponible en: https://camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/Informe%20Econ%C3%B3mico-%20Nov2012-No%2041_0.pdf

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000200001#footnote-35185-11-backlink

GALGANO, Francesco, *Diritto privato* (Padova, Cedam, 1992), p. 114. Citado por Sebastián Bozzo Hauri. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV [en línea] (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp. 39 - 66]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000200001#footnote-35185-11-backlink

BOZZO HAURI, Sebastián. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV [en línea] (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp.39-66]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000200001#footnote-35185-11-backlink

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y el Fideicomiso Inmobiliario. [en línea] Publicado en LA LEY2007-E 1288. Pág. 3 a 4. Argentina. Disponible en: <http://www.bibliotecacpa.org.ar/greenstone/collect/salagr/index/assoc/HASH4a3b.d/ir/doc.pdf>

Asociación Nacional de Industriales. Documento titulado: Fiducias: “*La Fiducia Colombiana como Instrumento para Celebrar todo Tipo de Negocios*”. [en línea] Disponible en: <http://www.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/CrEmp/FidCol/Paginas/default.aspx>.

PAPA, Rodolfo G. Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios. Publicado en: LA LEY 02/12/2014, 02/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1119. Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

Ministerio de Hacienda de Colombia – Documento Técnico –Vehículos de Financiación Inmobiliaria. Disponible en: www.minhacienda.gov.co

Revisa Portafolio. Fiducia la aliada de los inmobiliarios. [en línea] 30 de mayo de 2018. Gabriel E.Floréz G. Disponible en: <http://www.portafolio.co/negocios/fiducia-la-aliada-de-los-inmobiliarios-517640>

SANTIAGO CASTELLAN, Álvaro Camilo, Límites a la Creación Voluntaria de Patrimonios de Afectación para la Salvaguarda de Bienes. Revista de derecho de La Universidad de Montevideo. [en línea] 2013 Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Gamio-y-Castellana-Limites-a-la-creacion-voluntaria-de-patrimonios-de-afectacion-para-la-salvaguarda-de-bienes.pdf>

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario. Pág. 2 Publicado en: LA LEY 01/10/2007, 01/10/2007, 1 - LA LEY2007-E, 1288. Cita Online: AR/DOC/2686/2007.

BILVAO ARANDA, Facundo M. “Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios”. Publicado. <http://thomsonreuterslatam.com/2012/06/doctrina-del-dia-sobre-lasconsecuencias-practicas-de-los-contratos-con-clausulas-predispuestas-en-un-fideicomiso-inmobiliario/>

CHIALVO, Tomas Pedro. Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. "*A propósito del Daño Punitivo*". www.saij.jus.gov.ar.

CAO, Christian Alberto. El contrato de fideicomiso, las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, y la protección constitucional de los usuarios y consumidores. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015 http://www.caq.org.ar/images/fideicomiso_10_2016/Cao_Fideicomiso_y_responsabilidad_del_fiduciario.pdf

BORETTO, Mauricio. Título: El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica. Publicado en: LLGran Cuyo2013 (diciembre), 1164. Cita Online: AR/DOC/4287/2013

Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor. Una mirada a la Ley 1480 de 2011. Algunos fundamentos para la protección del consumidor. Pág. 42. Verónica María EcheverriSalazar. http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf.

Congreso de la Republica. Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y se dictan otras disposiciones. [en línea]. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/252-por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-se-dictan-otras-disposiciones>

Congreso visible. "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y dictan otras disposiciones. [Estatuto del Consumidor]". [en línea]. Disponible en: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-dictan-otras-disposiciones-estatuto-del-consumidor/5960/#tab=2>

Diccionario de la lengua española. [en línea]. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=supletorio>

Diccionario social. Enciclopedia jurídica online. Disponible en: <https://diccionario.leyderecho.org/suplemento/>>

Enciclopedia jurídica. Disponible en: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/suplemento/suplemento.htm>

CATAÑO BERRÍO, Sandra Eliana & Wills-Betancur, Luz María, La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia, 132 Vniversitas, 59-88 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.ccer>

Colpatria Fiduciaria. Contratos de fiducia. [en línea] Disponible en: <https://www.colpatria.com/Fiduciaria/politicas/contratos-de-fiducia>

PEDRO ORELLANA AGURTO. “Vivienda, Familia y Participación”. <http://www2.udec.cl/urbe/nro4/orella-s.html>

RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. “Deberes de Protección aun frente a terceros en la dogmática alemana. Revista de Derecho Privado, No. 20, Enero – junio de 2011 pág. 301 – 346. Universidad Externado de Colombia <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2895>.

La “Guía para el Consumidor en el Sector Vivienda” elaborada en el marco del Convenio 922 de 2015, suscrito entre la Universidad Sergio Arboleda y la Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Guia_para_el_consumidor_sector_vivienda.pdf